

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS

MARÍA LUISA RODRÍGUEZ GRILLO

*Profesoras de la Universidad Carlos III de Madrid*

**ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 1996**

---

## *Sumario:*

---

Presentación.

I. Introducción.

1. Importancia cuantitativa.
2. Importancia cualitativa.

II. Posibles medidas a tomar por la administración de la empresa en dificultades y en situación de crisis económica.

1. Soluciones no concursales.
2. Soluciones concursales.

III. Derecho comparado. Especial referencia a los institutos reorganizativos.

1. Los institutos reorganizativos.
2. Ordenamientos próximos.

IV. El convenio como medio para solucionar las dificultades económicas de la empresa.

V. Recapitulación crítica.

Bibliografía.

Anexos.

## ABREVIATURAS

- ALC'83** Anteproyecto de Ley Concursal de 1983.
- Art.** Artículo.
- C. de c.** Código de Comercio.
- Cfr.** Confróntese.
- Dir.Fall.** Rivista di Diritto Fallimentare e delle società commerciali.
- Ed.** Edición.
- InsO.** Insolvenzordnung (Ley de Insolvencia alemana).
- Lec.** Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LS** Ley de Suspensión de Pagos.
- P.** Página.
- RGD** Revista General de Derecho.
- RDM** Revista de Derecho Mercantil.
- RDP** Revista de Derecho Privado.
- SA** Sociedad Anónima.
- SAL** Sociedad Anónima Laboral.
- SRL** Sociedad de Responsabilidad Limitada.
- Ss.** Siguietes.

## PRESENTACIÓN

Nuestro propósito al elaborar este trabajo es hacer un recuento de aquellas posibles soluciones que fundamentalmente en el ámbito jurídico tienen a su alcance las empresas cuando se encuentran en situación de dificultades económicas. Cuando una empresa se encuentra en esta situación se enfrenta ante un laberinto que le exige ante todo conocer cuáles son esas posibles soluciones ya que sólo a partir de ello se podrán tomar las decisiones más adecuadas para salir a flote.

Por supuesto, sería prácticamente imposible abordar todos y cada uno de los mecanismos e instrumentos que el ordenamiento jurídico nos ofrece para enfrentar las dificultades económicas de las empresas. Es por ello que a lo largo del trabajo nos referimos a aquellos que consideramos más importantes ubicándoles sistemáticamente. Ha sido también objetivo primordial aportar la información más actualizada en orden al Derecho nacional y comparado.

### I. INTRODUCCIÓN

Una vez que la empresa se encuentra en dificultades económicas, ésta puede ser rehabilitada si se dan una serie de circunstancias económicas que posibiliten su viabilidad económica. Esta idea de conservación de la empresa forma parte de una nueva filosofía que por diversos motivos de índole política, social, económica y jurídica ha venido a conformar un nuevo objetivo del Derecho concursal conjuntamente con el antiguo fin liquidatorio de satisfacción de los acreedores que prevalece en nuestros ordenamientos jurídicos decimonónicos.

Entre los objetivos fundamentales que debe cumplir el Derecho ante las dificultades económicas de la empresa, se encuentra en primer término, tratar de prevenir nuevas y mayores complicaciones e intentar restablecer la normalidad en la actividad empresarial; liquidar las empresas cuando el desequilibrio financiero ya es irremediable, y por último establecer las sanciones que correspondan a los titulares culpables.

Se habla en la actualidad de un «Derecho de empresas en dificultad» lo cual pone de manifiesto la importancia de este tema para la actividad empresarial, importancia que puede ser abordada de dos maneras diferentes:

### **1. Importancia cuantitativa.**

Véanse las estadísticas de las empresas en crisis, desde un punto de vista estático (ANEXOS).

La situación que se advierte es cada vez más inquietante puesto que el pasivo aumenta cada vez más rápidamente. Aun cuando las cifras son por sí elocuentes en cuanto a la magnitud del fenómeno, deben ser interpretadas con prudencia, puesto que hay muchas más empresas que desaparecen y que por ser el volumen de sus activos y pasivos insignificantes, no aparecen reflejadas. Por el contrario, faltan datos relacionados con la reactivación de empresas que se han declarado en quiebra y sobre las cuales no existe ningún control *a posteriori*. Por otro lado, las estadísticas no reflejan todas las causas posibles de situación de quiebra o de desaparición de las empresas como son disoluciones voluntarias, cesiones, etc.

La importancia que tiene la situación de crisis de la empresa y en particular la situación de quiebra se revela en el hecho de que la misma no afecta sólo al pequeño y mediano empresario sino que incluso los gigantes de la industria se encuentran involucrados.

### **2. Importancia cualitativa.**

Resulta de la mayor importancia la diversidad de intereses presentes cuando las dificultades económicas desembocan en la quiebra los cuales resultan difícilmente conciliables. Ello se refleja en los modernos ordenamientos concursales, donde se habla de salvaguardar la empresa, satisfacer a los acreedores y mantener el empleo. Esto es así porque si bien es cierto que en la vida del tráfico mercantil la desaparición de una empresa es un fenómeno natural como lo puede ser el fallecimiento de una persona física, el Derecho debe esforzarse en atenuar sus consecuencias.

Es lógico que el interés de la empresa en dificultades sea obtener prórrogas en el cumplimiento de sus deudas con lo cual intentaría reencauzar lo más rápidamente posible sus actividades. Respuesta frecuente ante ello es una política a menudo sistemática de mantenimiento de empresas ya enfermas de manera artificial, lo cual consideramos resulta contrario al interés general, puesto que ello recae

sobre las espaldas de los contribuyentes que ven elevados los impuestos, disminuido su poder de compra y, además, supone todo ello una discriminación frente a las empresas sanas. No obstante, la solución contraria que sería la liquidación pura y simple de las empresas en situación de crisis tampoco parece ser la mejor puesto que cabría analizar hasta qué punto esta empresa, que en un momento dado se encuentra en crisis, tiene posibilidades de superarla y salir adelante.

Por otro lado, el interés de los acreedores está orientado en lo esencial a ser pagados de la forma más rápida y completa posible. Sin embargo, no todos ellos tienen la misma situación: los Bancos y entidades financieras, el Tesoro Público y la Seguridad Social son acreedores garantizados por privilegios legales eficaces. Al contrario, los acreedores quirográficos son pagados después de todos, por lo que se encuentran en una posición desventajosa respecto a los primeros.

Debe tenerse también en cuenta que los acreedores no solicitan solamente el cumplimiento de determinadas sumas de dinero, en muchas ocasiones el interés estriba en que la empresa en crisis pueda entregar las mercancías encargadas, pueda llevar a buen fin los trabajos que le han sido encomendados, pueda renovar los contratos de larga duración que hayan sido concluidos, etc. Todo esto nos lleva a afirmar que la colectividad entera no puede desinteresarse de la suerte de una empresa cuya desaparición aumentará el pasivo y hará cesar una producción nacional, obligará tal vez a recortar la importación, creará desempleo, etc.

### *2.1. Acercamiento a un marco conceptual.*

Para facilitar la comprensión de este trabajo consideramos imprescindible establecer, en la medida de lo posible, el alcance de los conceptos básicos sobre los cuales descansa nuestro análisis.

#### ADMINISTRACIÓN:

De las diferentes aproximaciones al concepto de administración, coincidimos con la que nos ofrecen KOONTZ y O'DONELL según la cual la administración constituye un proceso integrado por diversas funciones, a saber: planificación, organización, integración de los recursos humanos, dirección y liderazgo y control.

Independientemente de que no siempre los autores coinciden en todas y cada una de estas funciones, lo cierto es que comúnmente se acepta el criterio de la administración como proceso, dentro del cual juegan un papel fundamental las tareas de organización, planificación y control, a las cuales añadimos la dirección, entendida ésta como capacidad de tomar decisiones.

A través de la organización se establece la estructura de la empresa, lo que implica la determinación de las actividades a realizar así como la asignación de tareas a los trabajadores y funcionarios. Esto se realiza partiendo de una clara definición de los objetivos a alcanzar y el modo de lograrlo (planificación).

La administración supone además, y como elemento *sine qua non*, el control efectivo de todas y cada una de las actividades a realizar. Por último, administrar significa tomar las decisiones oportunas en los momentos necesarios.

#### CRISIS DE LA EMPRESA:

Nos parece oportuno ahora hacer algunas reflexiones acerca del término «Crisis de la Empresa», sin pretender, por supuesto, dar una definición del mismo a la cual sería muy difícil de acceder por su amplitud y por los muy diversos factores que confluyen en torno a este fenómeno.

La crisis de la empresa va a estar determinada por una serie de factores, tanto de carácter endógeno como de carácter exógeno. Dentro de los muy variados elementos endógenos que pueden conducir a la empresa a una situación de crisis podemos señalar, simplemente a modo de ejemplo, la obsolescencia de la tecnología utilizada, la disminución de la productividad del trabajo, la disminución en la calidad de los productos o servicios, deficiencias en la dirección o estructura organizativa de la entidad, deficiencias en el proceso de planificación de las actividades, falta de calificación de la mano de obra, y otras muchas. En cuanto a los factores exógenos pueden ir desde una crisis económica a nivel global, falta de estabilidad política, la crisis de la rama en que desarrolla su actividad la empresa hasta problemas más concretos como pueden ser aquellos de carácter coyuntural, los derivados de una fuerte competencia, etc.

Ahora bien, lo más importante a destacar es que todos estos factores, independientemente de su carácter, convergen en el deterioro de la situación financiera de la empresa, traducida en la disminución de su activo, en la falta de liquidez y, por tanto, en la carencia de los recursos necesarios para llevar adelante su normal funcionamiento, situación esta que además lleva aparejado el aumento de las deudas, es decir, del pasivo. Es precisamente con esta precaria situación financiera con la que se identifica, por regla general, el estado de crisis económica de la empresa, sin embargo, esto merece una reflexión y algunas precisiones.

Indistintamente para identificar este fenómeno normalmente suelen utilizarse los términos insolvencia, quiebra, bancarrota y también crisis económica, no obstante consideramos que es mucho más conveniente utilizar este último por ser más general y por englobar a las diferentes nociones anteriores. Es preciso señalar que existe una diferenciación entre el concepto de crisis económica que puede ofrecer un economista y el que puede ofrecer un jurista, el primero distingue entre las varias fases en que se puede encontrar la economía de una empresa a diferencia del segundo que habla de crisis económica unido al Derecho concursal, a los procedimientos colectivos. Desde un punto de vista económico la empresa puede encontrarse en una crisis provisional y puede remontarse, mientras que desde un punto de vista jurídico la crisis toma un carácter estático que la vincula indisolublemente a un procedimiento concursal.

Es muy difícil precisar el momento exacto en que la empresa entra en situación de crisis, lo que se evidencia a partir de los distintos puntos de vista ofrecidos por la legislación vigente. Así por ejemplo, el C. de c. de 1885, en los artículos 874 y 876 relativos a la quiebra, establece que se con-

sidera en este estado al comerciante que sobresee el pago corriente de sus obligaciones, artículo 874, y el artículo 876, segundo párrafo, precisa que el sobreseimiento en el pago ha de ser de una manera general. Por su parte el artículo 876.1 dispone como manifestación de insolvencia la ejecución del patrimonio del deudor y que del embargo no resulten bienes suficientes para el pago. Por último, el artículo 877 referido a la quiebra fraudulenta regula los casos de fuga u ocultación del comerciante.

Por otro lado, la LSA establece específicamente como causa de disolución en su artículo 260.4 las pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o reduzca en la medida suficiente, y el punto 5 de este precepto, la reducción del capital social por debajo del mínimo legal. La LSRL adopta entre sus causas de disolución las anteriormente referidas.

En el caso de las Sociedades Cooperativas, constituye causa de disolución según el 103.7 la reducción del capital social a una cantidad inferior a la cifra del capital social mínimo.

El Anteproyecto de Ley Concursal de 27 de junio de 1983 en su artículo 7.º y ss. regula las condiciones de apertura del concurso. El artículo 8.º hace referencia a hechos que revelan una situación de crisis económica del deudor y el artículo 9.º directamente establece los hechos que se consideran reveladores de esta situación y que por su naturaleza manifiestan la existencia de un estado patrimonial que lesiona o amenaza gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos (1).

Consideremos también por ser material de referencia obligada la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal presentada a la Secretaría de Estado de Justicia en diciembre de 1995, al señalar que existe insolvencia cuando el deudor se encuentra en la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones, sea como consecuencia de una situación de desbalance patrimonial,

---

(1) Véase, por todos, el ALC'83 (Ministerio de Justicia. Madrid: Secretaría General Técnica), artículo 9.º 1.º: El sobreseimiento en los pagos que aun no siendo definitivo ni completo, afecte al conjunto de obligaciones del deudor o de una manera general a algunos de los siguientes supuestos:

- a) Obligaciones tributarias correspondientes a la última anualidad vencida.
  - b) Cuotas de la Seguridad Social, por el mismo período.
  - c) Rentas del local o locales de negocio en donde se realice la actividad principal del deudor, por el mismo período.
  - d) Salarios y demás retribuciones derivadas de relaciones de trabajo correspondientes a las dos últimas mensualidades vencidas.
  - e) Intereses, amortizaciones, reembolsos u otras prestaciones establecidas en la emisión de obligaciones o cualesquiera otros valores, cuando haya transcurrido más de un mes desde el respectivo vencimiento.
  - f) Prestaciones de servicio de caja específicas de las entidades de crédito.
  - g) Indemnizaciones debidas por las entidades aseguradoras a asegurados o beneficiarios.
- 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
  - 3.º El cierre del último balance con activo realizable inferior al pasivo exigible, cuando el deudor esté obligado a llevar contabilidad.
  - 4.º La desaparición injustificada del deudor del lugar de su domicilio o residencia, o, en el caso de personas jurídicas, el abandono de sus funciones por parte de los administradores, sin que en uno u otro caso se haya dejado representante con facultades generales.
  - 5.º El abandono, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

sea como efecto de la falta de crédito. Lo esencial es, pues, la imposibilidad de cumplir puntualmente las obligaciones contraídas. Para facilitar la prueba de la insuficiencia de medios o de la falta de crédito la ley introduce algunas presunciones cuyo fundamento ha constatado la experiencia. La insuficiencia de medios propios se presume en los casos en los que todo o la mayor parte del patrimonio del deudor se encuentra embargado. La falta de crédito se presume cuando el solicitante acredite ser titular de un crédito vencido con una anterioridad mínima de tres meses a la presentación de la solicitud. Estas ideas se recogen en los artículos 2.º y 3.º de la Propuesta de Anteproyecto (2).

De lo expuesto se advierte lo que señalábamos inicialmente en el sentido de la falta de precisión y de criterios coherentes para determinar cuándo realmente nos encontramos ante una empresa en situación de crisis económica. ¿Lo estará en el momento en que no pague sus deudas total o parcialmente? ¿lo estará cuando su patrimonio se reduzca por debajo de la mitad del capital social? ¿qué criterio adoptar en el caso del empresario individual? Son éstas, entre otras muchas, interrogantes que quedan por resolver y cuya respuesta tal vez podamos encontrar de alguna manera en el Derecho comparado.

Es por todo ello que utilizaremos convencionalmente el término de «empresas con dificultades económicas» cuando las respuestas jurídicas a estas situaciones no sean de índole concursal y reservaremos el término «crisis de la empresa» para referirnos a aquellas situaciones que conducen a los procedimientos concursales.

## II. POSIBLES MEDIDAS A TOMAR POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA EN DIFICULTADES Y EN SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA

Como se ha señalado, la situación que se crea a partir del deterioro de la situación financiera de la empresa encuentra su solución jurídico-económica en las heterogéneas técnicas de salvamento que pueden ser encontradas en la legislación mercantil.

Estas soluciones, por tanto, podemos clasificarlas en:

- i) No concursales, que serán aquellas que se podrán adoptar con el fin de evitar la quiebra, y
- ii) Las concursales, es decir, las que se aplican a partir de la declaración de insolvencia del empresario.

---

(2) Creemos que es de importancia vital el reproducir estos preceptos de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal. Artículo 2.º 3. Se considera que existe insuficiencia de bienes propios en el caso de que el pasivo exigible sea superior al activo real. Para la valoración del patrimonio del deudor se estará a los principios de contabilidad generalmente aceptados presumiendo la continuidad de la actividad profesional o empresarial de éste salvo que dicha continuidad no sea objetivamente previsible.

Es preciso adelantar que la legislación concursal moderna de muchos países incluye mecanismos para salvar la empresa y evitar su quiebra, a ello nos referiremos en el apartado 1 del epígrafe III.

## 1. Soluciones no concursales.

La primera y más generalizada, utilizada por el empresario individual o social, será los créditos solicitados a las instituciones financieras (principalmente los Bancos y también Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito, entre otras), a fin de pagar las deudas y adoptar medidas necesarias (propaganda, márketing, modernización, reconversión, ampliación, etc.) para llevar a la empresa a una situación de rentabilidad económica. La Ley de 29 de julio de 1988 sobre «Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito» establece las líneas básicas del sistema bancario español.

1. Los contratos de préstamo bancario y los de hipoteca de los establecimientos mercantiles, la maquinaria industrial, bienes de propiedad intelectual e industrial y otros, regulados estos últimos en la Ley Hipotecaria, son instrumentos o mecanismos que, con el objeto de garantizar el cumplimiento de los préstamos solicitados, posibilitan al empresario disponer de medios financieros indispensables para sacar a flote la empresa. No obstante, debe tenerse en cuenta que si la crisis del empresario es muy profunda, difícilmente las entidades crediticias están en disposición de facilitar los créditos solicitados.

También a modo ejemplificativo, y sin entrar en mayores conceptualizaciones, entre las posibles fuentes de financiación de la empresa tenemos el uso de la letra de cambio como instrumento financiero para la obtención de crédito a corto plazo. Esto es así porque el empresario al emitir una letra de cambio para el pago de sus deudas dispone durante un período de tiempo de los recursos financieros documentados. La tramitación de la letra conlleva una operación de descuento por el Banco, el cual constituye un procedimiento para que una entidad financiera anticipe a la empresa el abono de los créditos que ésta tiene sobre sus clientes documentados mediante letras de cambio. Debe señalarse que estos instrumentos son un sistema de financiación externa a corto plazo y que no solventan aquellas dificultades de la empresa que sean muy profundas.

2. El contrato de *leasing* (arrendamiento financiero), regulado en la disposición adicional séptima de la Ley de 29 de julio de 1988, mediante el cual el empresario adquiere el uso de bienes inmuebles o muebles mediante el pago de determinadas cuotas, posibilitándose una opción de compra a su término, puede constituir una fórmula en algunos casos eficaz para la adquisición de los mencionados bienes, si la empresa requiere, como elementos indispensables para salir de la situación de crisis, una modernización de sus maquinarias, transportes, logística, etc. Por supuesto, el *leasing* requiere que el empresario disponga de los medios necesarios para el pago de las cuotas pactadas, lo que significa que éste es un mecanismo que funciona sólo cuando la crisis no es muy grave o cuando ya se hayan obtenido algunos medios financieros para salir de ella.

3. La antigua institución denominada «asociación de cuentas en participación» recogida en el C. de c. permite a los empresarios en dificultades económicas, tanto individuales como sociales, asociarse con otros que le aportan capital para el desarrollo del negocio sin participar en la dirección y la gestión del mismo y quedando conjuntamente con el empresario, a resultas del éxito o fracaso del negocio. Constituye ésta una vía para atraer recursos hacia la empresa necesitada, pero siempre que ésta tenga buenas perspectivas futuras y las demuestre ante el posible socio que, sin poder intervenir en la administración, arriesgará su capital en ella.

4. En esta misma línea, se encuentra el *factoring* como contrato permanente entre una sociedad de facturación y las empresas clientes, por el cual la primera se encarga de comprar las deudas comerciales de estos últimos, y llevar a efecto el cobro de las mismas. UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma, ha encontrado serias dificultades para lograr una reglamentación internacional válida en la materia. Pese a todo, nos interesa resaltar, como mínimo, algunos de los servicios que pueden ser objeto de este contrato: financiación, gestión de la cartera de deudores, cobro de deudas y protección frente al riesgo. Estas técnicas vienen estrechamente ligadas a los mecanismos tradicionales bancarios del descuento de facturas y efectos comerciales. Esta práctica ha sido utilizada con éxito especialmente en las estructuras económicas en que predominan las pequeñas y medianas empresas, necesitadas tanto de financiación como de servicios especializados de gestión. Los servicios de *factoring* actúan esencialmente en ventas que se realizan a corto plazo, con plazos de pago máximos de 180 días.

La empresa que acude al *factoring* puede aumentar significativamente la velocidad de rotación de su capital circulante, con lo cual puede pasarse a un mayor volumen de ventas y a un mayor beneficio. El riesgo de morosos e insolventes es asumido por el factor, que además puede concederle anticipos hasta el 80 por 100 de la facturación. Con la amplitud de los mercados y la lejanía de los compradores, se hará especialmente necesario a los vendedores y exportadores españoles de pequeña o mediana dimensión, acudir al uso de esta figura. Los incentivos y oportunidades que ofrecen las sociedades de *factoring* a las empresas son especialmente los tres siguientes: cobertura al 100 por 100 del riesgo de crédito; gestión de cobros y financiación hasta un 80 por 100 de los efectos cedidos.

En la práctica de EE.UU. ha surgido una nueva técnica *Leveraged Buyout* utilizada fundamentalmente por los grandes grupos de empresas que evolucionan hacia la concentración privada, y que tiene como objetivo absorber empresas que tienen dificultades financieras. La operación se produce de la siguiente manera: se pretende adquirir una empresa en dificultades y para ello se crea una nueva empresa con un capital social comúnmente inferior al valor de aquélla; esta nueva empresa creada solicita un crédito al Banco y ofrece como garantía las acciones de la sociedad a adquirir. Es por esto que esta técnica societaria consiste en la adquisición de una sociedad sin soportar el costo que ello conlleva. Una vez perfeccionada la adquisición se produce la fusión entre ambas entidades (3).

---

(3) Para mayor información sobre el particular, véase, FAZZALARI, D.; CALISSE, R. «Leveraged Buyout e Ristrutturazione Aziendale: Novità operative ed analisi economico-finanziarie». *Dir. Fall.* N.º 3, 1995, págs. 578-587.

Queda claro que la adopción de algunas de las medidas antes señaladas como instrumentos o mecanismos para salvar a la empresa no implican necesariamente cambios sustanciales en las funciones de administración de las empresas en cuestión. Por el contrario, requieren del reforzamiento efectivo de estas funciones (planificación, organización, control y toma de decisiones) en el sentido de una gran inteligencia y habilidad para sortear los posibles obstáculos y adoptar las soluciones adecuadas, las cuales estarán condicionadas por la situación particular de la empresa y su entorno económico.

Todo ello no excluye, sino que en determinadas ocasiones presupone, la necesidad de sustitución de los administradores, para poder tomar estas medidas. Es posible que entre los factores que dieron origen a los problemas afrontados por la empresa se encuentre una mala gestión de esos administradores y precisamente la rehabilitación requiere de una nueva, hábil e inteligente administración capaz de conocer y aplicar cuantas técnicas resulten necesarias (elaboración y análisis de estados financieros, presupuestos, sistemas de control, estudios de mercado, análisis de inversiones, rentabilidad y fuentes de financiación existentes, entre otras) y a partir de aquí, tomar las decisiones adecuadas que permitan sanear la empresa.

5. En materia de sociedades, la legislación mercantil ofrece disímiles posibilidades para tratar de sacar a flote en todo o en parte a la empresa que constituye su objeto.

5.1. La Ley de Sociedades Anónimas vigente regula la figura de la fusión, que si bien por un lado conlleva la extinción de todas o algunas de las sociedades involucradas, por otro lado conduce a la integración tanto de sus respectivos socios como de sus patrimonios en una sola sociedad que puede existir con anterioridad, o ser nueva, es decir, creada al efecto, en la cual los miembros de la sociedad extinguida recibirán las correspondientes acciones o participaciones.

En este caso, será tarea de los administradores que pretenden fusionarse, tomar las decisiones correspondientes y seguir cuidadosamente los pasos y formalidades establecidas por la ley para llevar a vías de hecho la fusión.

5.2. En lo que respecta a las SRL, el tema de la fusión se regula por los preceptos correspondientes de la LSA.

Un elemento nuevo introducido por la Ley de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 es el establecer en su artículo 106 la posibilidad de reactivación de la sociedad disuelta por acuerdo de la Junta General en los supuestos siguientes:

- 1.º Que haya desaparecido la causa de disolución.
- 2.º Que el patrimonio contable no sea inferior al capital social.
- 3.º Que no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios.

Establece asimismo que no podrá acordarse la reactivación en los casos de liquidación de pleno derecho.

5.3. Por su parte, el Preámbulo de la Ley 15/1986 de Sociedades Anónimas Laborales expresamente señala que éstas constituyen la respuesta a las dificultades atravesadas por el sector industrial que han desencadenado el cierre de numerosas empresas con la consiguiente pérdida de empleo. Fue precisamente la situación de crisis que amenazaba con la desaparición de la empresa y con la consecuente pérdida de empleo la que motivó la creación de la SAL de los Transportes Urbanos de Valencia en 1963, la cual se considera como el antecedente inmediato de este tipo de sociedad.

Esta ley dispone que el 51 por 100 del capital social, como mínimo, tiene que estar en manos de los socios laborales o trabajadores. Por otra parte, los trabajadores de la empresa que no sean socios, no pueden exceder del 15 por 100 del total de socios trabajadores. Por lo demás se trata de una sociedad mercantil de tipo capitalista cuyo capital se encuentra dividido en acciones nominativas y que tienen la responsabilidad limitada a las aportaciones sociales.

Como el objetivo fundamental de las SAL es favorecer el empleo y garantizar la participación de los trabajadores en los beneficios, la ley establece toda una serie de reglas como las relativas a la transmisión de las acciones, encaminadas a que éstas se mantengan en poder de los trabajadores y, sólo en última instancia, pueden pasar a los socios capitalistas.

Por otra parte, también se establecen limitaciones en cuanto al número de trabajadores no socios, que no podrá ser superior al 25 por 100 de los socios trabajadores si la empresa tiene menos del 25 por 100 de estos últimos y del 15 por 100 en los demás casos. Estos trabajadores tienen derechos de adquisición preferente respecto a las acciones de los socios trabajadores para poder convertirse en uno de ellos.

5.4. La Ley General de Cooperativas en su artículo 105, de modo similar a la SRL establece la posibilidad de reactivación de la sociedad en liquidación.

Para que pueda reactivarse la sociedad tienen que darse tres requisitos:

- 1.º Que la disolución se haya formalizado por acuerdo de la Junta General.
- 2.º Que haya cesado la causa que la motivó, y
- 3.º Que no haya comenzado el reembolso de las aportaciones a los socios o a los asociados.

El acuerdo de reactivación deberá ser adoptado por la Asamblea General, por mayoría de 2/3 de votos sociales y no será eficaz hasta que no se eleve a escritura pública y se inscriba en el Registro de Cooperativas. La misma regla se aplicará en el caso de quiebra cuando la sociedad quebrada llegue a un convenio con los acreedores.

Estas posibles soluciones a la crisis de la empresa en la esfera de las sociedades a las que hemos hecho referencia presupone por parte de la administración la toma de importantes decisiones que una vez tomadas, determinarán cambios importantes en la estructura administrativa de la empresa.

En el caso de la fusión queda claro que la empresa que se fusiona pasará a manos de la sociedad que adquiere sus derechos a la cual se integran sus socios y su patrimonio.

En el caso de que la empresa en crisis pase a adoptar la forma de una SAL existen lagunas en la regulación en cuanto a la forma en que se produce esta transformación. Si se trata de una sociedad anónima la que pasa a adoptar el carácter de SAL, la ley expresamente establece que no se considerará una transformación (art. 4.º LSAL) no obstante, al igual que en el resto de los posibles supuestos (cuando se trate de otra forma social o incluso una empresa propiedad de un empresario individual) no se establecen normas precisas en cuanto a las formalidades de este tránsito. Lo que sí está claro es que la SAL estructurará sus órganos de dirección y administración conforme a lo preceptuado en la LSA.

Respecto a la posibilidad de reactivación de la SRL y la Sociedad Cooperativa encontramos que en ambos casos la legislación se limita a establecer los presupuestos que deben darse para que proceda tal reactivación, sin que tampoco se disponga nada respecto a los pasos y formalidades necesarias para hacerla realidad. Nótese que esta reactivación de la empresa se produce en su fase de liquidación en la cual han cesado en sus funciones los administradores y han sido sustituidos por los liquidadores cuyas funciones son totalmente distintas y específicas. Sólo se establece en la ley la necesidad de registrar el acuerdo de reactivación. Podíamos preguntarnos entonces ¿se retrotrae la administración de la sociedad a la existente en el momento en que se acordó su disolución?, ¿deberá celebrarse una Junta General para elegir nuevos administradores? Aunque esto último nos parece lo más lógico, no está regulado de manera expresa.

6. Acuerdos extrajudiciales. Los argumentos que avalan la regulación de nuestro Derecho concursal como algo ineficiente, por los defectos ya reiterados, se hacen más patentes cuando analizamos el por qué se inhiben los sujetos involucrados en la crisis económica de una empresa y acuden a los acuerdos extrajudiciales. Sin duda, los procedimientos concursales son costosos (gastos procesales, dilación, incumplimiento de la distribución del patrimonio conforme a la *pars condictio creditorum*, etc.). Mientras que a través de los acuerdos extrajudiciales, el deudor puede convenir con sus acreedores, tanto el pago de sus créditos como su vencimiento, al obtener la correspondiente quita y espera, cuya finalidad es solucionar las dificultades sin acudir a un procedimiento judicial (4), ésta es la definición que da MAJADA de acuerdo extrajudicial. El acuerdo extrajudicial es un instituto *mal visto* desde los procedimientos concursales, pues se recurre al acuerdo extrajudicial como remedio de naturaleza exclusivamente contractual contra la insolvencia para evitar el empleo de los procedimientos concursales.

---

(4) MAJADA. *Manual de Concurso, Quiebra y Suspensión de Pagos*. Barcelona: Bosch, 1956. pág. 9.

El instituto aparece en el campo de la autonomía privada para evitar la declaración de quiebra. La doctrina varía en cuanto que algunos señalan que no es posible un acuerdo extrajudicial si no hay el asentimiento de todos los acreedores. Otra corriente doctrinal, piensa, por el contrario, que el acuerdo extrajudicial será válido entre aquellos que lo contraen. Otros piensan que es un contrato plurilateral; ésta es la solución preferida, desde mi punto de vista, dado el carácter subjetivo y objetivo complejo del acuerdo extrajudicial, al tener que componer una gran diversidad de intereses, además de servir como medio con sus ventajas comparativas tales como la eliminación de costas judiciales, la agilidad y rapidez en la tramitación, la flexibilidad y amplitud de contenido, etc. En suma, estamos ante acuerdos que se regirán por la Teoría General de los Contratos, y que es admisible su validez y licitud por un gran sector doctrinal (5).

El contenido del acuerdo extrajudicial puede ser remisorio, dilatorio, mixto, cesión de bienes, y otros; el mismo contenido que puede tener un acuerdo judicial. Y como todo contrato, puede ser nulo, anulado, rescindido, resuelto, etc. (6).

Estos acuerdos entre el deudor y sus acreedores al margen del concurso y con el fin de procurar en interés de todos la conservación de la empresa, tiene como principal inconveniente que es necesario el consentimiento de cada uno de los acreedores, lo cual resulta difícil (7).

El primer imperativo es la rapidez. La situación financiera de una empresa puede degradarse rápidamente. La ley deberá instaurar mecanismos de alerta flexibles susceptibles de ser puestos en acción rápidamente por toda persona que tenga interés.

El segundo imperativo es la discreción. La revelación de una crisis pasajera o secundaria conlleva el riesgo adherido al crear un movimiento de pánico entre los trabajadores. La prevención precipitaría entonces la catástrofe (cesación de pagos) que es lo que se tiende a evitar. Las medidas de arreglo extrajudicial deben ser entonces confidenciales.

En nuestra opinión, a través de los acuerdos extrajudiciales se obtienen ventajas operativas, en muchos casos, como son la eliminación de costas judiciales, la agilidad en la tramitación, entre otras, que se mantendrían incluso en el supuesto muy hipotético de que se consiguiese hacer realidad la flexibilidad, celeridad y economía en la tramitación del proceso de quiebra. Compartimos en parte la opinión de RAMOS TORRE que piensa que incentivar estos acuerdos es beneficioso, y sería deseable que se instaurasen mecanismos que favorezcan, con los requisitos que se consideren convenientes, la consecución de acuerdos extrajudiciales o, por poner otro límite, el cumplimiento judicial de los convenios (8).

---

(5) TORRES DE CRUELLS. *La Suspensión de Pagos*. Barcelona: Bosch, 1957, pág. 23. SAGREZATIZÓN, J.M.<sup>a</sup> *Comentario a la Ley de Suspensión de Pagos*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1974, pág. 99. RAMÍREZ, J.A. *Derecho Concursal español*. *Op. cit.* pág. 132.

(6) PROVINCIALI, R. *Manuale de Diritto Fallimentare*. Milano: Giuffrè, 1948, págs. 353-363.

(7) PAJARDO GARCÍA, Gemma. «La Crisis de la empresa en el Derecho español: medidas alternativas a la quiebra». *Dir. Fall. Op. cit.*, 1994, págs. 698/9.

(8) RAMOS TORRE. *Derecho Concursal: las suspensiones de pagos*. *Op. cit.*, pág. 48. *Vid.*, JIMÉNEZ DE PARGA. «Rasgos esenciales del Anteproyecto de Ley reguladora del régimen concursal». *Actualidad Jurídica*, 1981, pág. 17.

Por todo lo expuesto pensamos que los acuerdos extrajudiciales han de utilizarse de una manera adecuada debido, de una parte, a la compleja organización que comporta el procedimiento liquidatorio de la quiebra y a sus costes, y de otra, a la forma disgregada en que normalmente se practica la liquidación del patrimonio concursal. Esto nos explica la creciente inclinación a favor de un arreglo amistoso con el deudor que, de algún modo, permita evitar, en interés de todos, la costosa y destructiva liquidación forzosa.

El Derecho francés es el más perfeccionado en la introducción de estos acuerdos, el *règlement amiable* presenta cierta mixtura entre los tradicionales convenios extrajudiciales y los típicos -mandatarios *ad hoc*- y comparte su carácter negociado entre deudor/acreedores en el marco de la autonomía privada. Es la peculiar intervención jurisdiccional que se produce en el *règlement amiable*, así como las negociaciones bilaterales y globales que le caracterizan, lo que individualiza este instituto frente a los tradicionales convenios extrajurisdiccionales o amigables (9).

La Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto-Ley número 26.116 de Perú, en su artículo 16 (10) establece la posibilidad de un convenio extrajudicial, como medio para solucionar la crisis de la empresa.

En el Derecho argentino más reciente, la Ley número 24.522, sancionada a través del Decreto número 267/95, en su artículo 69 introduce la posibilidad de realizar un acuerdo preventivo extrajudicial del deudor que se encuentre en cesación de pagos o tuviese dificultades económicas o financieras de carácter general, en este caso el acuerdo se puede celebrar con todos o parte de sus acreedores, debe ser sometido siempre a homologación judicial.

Las críticas que se dirigen a estos acuerdos vienen dadas en sentido general por los resultados que se derivan de los mismos que, en principio, no suelen ajustarse a equidad (11). En nuestro Anteproyecto de 1983, hay un propósito pausable: el de reconocer y fomentar en la futura legislación una práctica de solución extrajudicial y amigable de situaciones de insolvencia y de iliquidez que se ha venido extendiendo en los últimos años a pesar de las dificultades de todo orden y de los

---

(9) PULGAR EZQUERRA, Juana. *Reforma del Derecho concursal comparado...* . Op. cit. pág. 130.

(10) Véase **artículo 16**. Los convenios extrajudiciales podrán versar sobre:

1. La liquidación de los bienes del deudor.
2. La condonación de parte de sus deudas.
3. La ampliación del plazo de sus obligaciones.
4. La refinanciación del pago de sus obligaciones.
5. Cualquier otro acto que tenga relación con el pago de las obligaciones y la liquidación de los bienes de la empresa, así como el pago de los gastos y honorarios que ésta demande, (...).

(11) CARRILLO FRANCO, H.A. *Prevención de la Quiebra...* . Op. cit. págs. 151-154. En esta misma línea, JAEGER, N. *Il Fallimento e altre forme di tutela giurisdizionale*. Milano: Vallardi 1964, pág. 251, «no existe algún método que pueda garantizar la participación de todos los acreedores en el acuerdo, a menudo. No es fácil que se reúnan en una organización apropiada para ellos, idónea para representarlos como sí sucede en los convenios/concordatos judiciales».

conocidos riesgos jurídicos que presenta en el contexto del Derecho vigente. El ALC'83 lo hace con cierta cautela, pues encontramos, por ejemplo, que el artículo 212 declara nulos los pactos extrajudiciales posteriores, pero no los anteriores, si bien limitados en cuanto a su eficacia a los firmantes del pacto.

Muestra de una buena técnica jurídica es la ofrecida en el Derecho alemán más reciente de 5 de octubre de 1994, donde sí parece incorporar los acuerdos extrajudiciales al otorgar a los interesados la posibilidad de recuperar la empresa a través de un convenio de continuación, que, en cualquier caso, puede ser *reglamentado al margen de las disposiciones legales*. En la práctica los acreedores ordinarios *no privilegiados* prefieren los acuerdos extrajudiciales que les permiten un pacto más directo de sus intereses, siendo la negociación fuera del proceso, la solución más deseada.

En opinión de ROJO (12), y compartimos su idea, falta un reconocimiento expreso del acuerdo extrajudicial, porque ha prevalecido la idea de que la tutela de los acreedores minoritarios y de los trabajadores, y la tutela del interés general, exigen la presencia del juez, como pieza fundamental para cualquier composición en caso de crisis económica del deudor, a fin de impedir que un acuerdo sin las debidas garantías se traduzca en un expolio de los derechos de aquéllos.

Dentro de las soluciones no concursales que venimos señalando no debemos olvidar por su importancia la normativa siguiente: Ley de 1 de septiembre de 1939 (13) sobre incautación de empresas o compañías mercantiles; el Decreto-Ley (14) de 20 de octubre de 1969 sobre administración judicial de empresas embargadas; la Ley de 26 de julio de 1984 (15) que aunque no está en vigor se mantiene vigente en buena medida a través de los diferentes Reales Decretos sobre Reconversión que se promulgaron en desarrollo de la Ley sobre Reconversión y Reindustrialización, y por último Ley 12/1991, de 29 de abril, sobre Agrupaciones de Interés Económico (16), entre otras. En estas soluciones no nos detenemos pues de una forma u otra presuponen la intervención estatal en la solu-

(12) ROJO, A. «Las opciones del anteproyecto...». *Op. cit.* págs. 98 y 99.

(13) GARCÍA VILLAVERDE, R. «Notas sobre la Reforma del régimen jurídico de la crisis de las empresas bancarias». N.º 18. Madrid: *Papeles de Economía Española*, 1984, pág. 140, «la Ley de 1 de septiembre de 1939, es una institución específica pensada para conseguir la conservación de empresas, establece un procedimiento de intervención de empresas que participa de las características de un sistema de economía de guerra y de las medidas intervencionistas de carácter social». *Vid.* también, en este sentido, VERGEZ SÁNCHEZ, Mercedes. «La Administración Judicial de empresas embargadas». Madrid: *RDM*, 1978. N.º 149, julio-septiembre, pág. 302.

(14) *Cfr.* la Ley 18/1969, de 20 de octubre, sobre administración judicial en caso de embargo de empresas. La Exposición de Motivos de esta norma clarifica su génesis y la enmarca en el contexto de la evolución del pensamiento jurídico que se inclina por la conservación de la empresa y clama por la reforma de nuestras leyes concursales. El citado Decreto-Ley se refiere a lo imprevisible de la complejidad que presenta la vida mercantil cuando se promulgaron leyes procesales y apoya la necesidad de tutelar los intereses generales que el Estado está llamado a proteger.

(15) OTERO LASTRES, J.M.<sup>a</sup> «Aspectos societarios de la Ley de Reconversión Industrial». Madrid: *RDBB*. 1986, págs. 295/6.

(16) BELTRÁN SÁNCHEZ, E. «Algunas consideraciones sobre la disolución de la agrupación de interés económico». Valencia: *RGD*. N.º 577-78, octubre-noviembre, 1992, pág. 10.113, «en la base del sistema legal de disolución de la agrupación se sitúa el principio de conservación».

ción del problema y nos inclinamos en esta etapa de «dificultades» y no de «crisis» de la empresa por las soluciones de Derecho privado por considerarlas, a la larga, más efectivas. Recuérdese que, en la práctica, las ayudas públicas que se han dado a empresas tales como Magefesa, Hytasa, entre otras (17) han resultado ser infructuosas.

Desde un punto de vista más general pensamos que el Estado es un mal gestor y su función en la esfera económica debe ser el establecer el marco institucional sin pretender convertirse en empresario.

## 2. Soluciones concursales.

Corresponderá estas soluciones a lo que propiamente constituye la crisis de la empresa.

### 2.1. Derecho concursal vigente.

Sin pretensiones de erudición, sino con el exclusivo fin de situar en el tiempo el sentido y el origen de las normas en vigor, cabe señalar que el tema de las fuentes legales reguladoras de la quiebra es uno de los problemas que más contribuyen a agravar el ya complejo y difícil estudio del proceso de quiebra, dada la diversidad de disposiciones legales concurrentes (18).

Las normas de Derecho común que regulan los procedimientos concursales están contenidas en los cuerpos legislativos siguientes:

- Artículos 1.912 a 1.929 del Código Civil, en lo que se refiere al concurso de acreedores y a la solicitud de quita y espera del deudor civil que llega a una situación de insolvencia para atender sus débitos al tiempo del vencimiento.

Las normas de procedimiento se encuentran en los artículos 1.130 a 1.317 de la Lec.

- Cuando el deudor tiene estatuto de comerciante, y se encuentra en situación de insolvencia provisional, puede pedir judicialmente la situación de suspensión de pagos, la cual se halla regulada por la LS de 26 de julio de 1922 (19).

---

(17) *Cfr.* sobre la misma CANDELARIO MACÍAS, I. «Análisis de las ayudas públicas (libre competencia) a empresas en crisis». *Cuadernos Jurídicos*. N.º 38, febrero 1996, pág. 23 y ss.

(18) GONZÁLEZ AGUADO, G. «El Juicio Universal de quiebra, principios, fuentes, órganos y competencia». *Preter*, 1973. N.º 73, pág. 12.

(19) Nos permitimos hacer algunas indicaciones sin propósito de agotar el tema, sosteniendo que la suspensión de pagos tiene sentido por plantear la cuestión de la continuidad de la empresa en situación de crisis económica. La suspensión de pagos no sólo es útil para el deudor, sino también para los acreedores y para la sociedad; al primero le evita los gra-

- La situación de insolvencia definitiva que desde el punto de vista estático debe reflejar el balance, da origen a la institución de la quiebra, la cual se regula en los artículos 874 a 941 del C. de c. de 1885, Libro IV del C. de c., Título Primero, con las reformas introducidas por la Ley de 10 de junio de 1897, y en los artículos 1.318 a 1.396 de la Lec. de 3 de febrero de 1881, Libro II, Título XIII, en sus aspectos procesales. Igualmente son aplicables los artículos 1.017 a 1.173 del C. de c. de 30 de mayo de 1829, Libro IV, Título IV, con las exclusiones pertinentes.

Además de estas disposiciones existen otras específicas para determinado tipo de compañías, como las de ferrocarriles, concesionarias de obras públicas, entidades bancarias, etc. Entre éstas se encuentran las Leyes con fecha de 12 de noviembre de 1869 (20), sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas; la Ley de 19 de septiembre de 1896, sobre convenios entre las compañías de ferrocarriles y sus acreedores; la Ley de 9 de abril de 1904, sobre convenios de suspensiones de pagos y quiebras de las sociedades o empresas concesionarias de obras públicas, y la Ley de 2 de enero de 1915, sobre suspensión de pagos de compañías de ferrocarriles y demás obras de servicio público, la Ley de 24 de mayo de 1924 sobre suspensiones de pagos y quiebras de los comerciantes individuales o de las compañías de ferrocarriles que recibieron préstamos del Estado para la protección de industrias.

En este elenco de disposiciones, generales o especiales, hay un sin número de leyes que contienen preceptos aislados aplicables en caso de quiebra o suspensión de pagos. Así, en punto a la publicidad registral, el Reglamento del Registro Mercantil, Decreto de 14 de diciembre de 1956 (art. 83), la Ley sobre el Registro Civil de 8 de junio de 1957, etc. (21).

Con una legislación tan antigua es muy difícil, por no decir imposible, resolver satisfactoriamente los problemas derivados de las situaciones de insolvencia de unas empresas que nada tienen que ver con la de los años veinte. Bien es cierto que, periódicamente, coincidiendo con los ciclos

---

ves perjuicios materiales y morales, privados y públicos de la quiebra; a los segundos les reporta acrecentados los beneficios que obtienen en el convenio dentro de la quiebra, y la tercera conserva una empresa. Responde al interés de la sociedad, que ha de atender al desarrollo del tráfico mercantil y de las condiciones económicas de las empresas, a las que se atiende con esta institución, puesto que conserva la empresa y protege el crédito mercantil.

- (20) OLIVENCIA RUIZ, M. «La Suspensión de Pagos y la Quiebra en el Código de Comercio». *Estudios de Centenario del Código de Comercio*. Madrid 1986. Vol. I, pág. 355, «fundado en los intereses públicos inherentes al servicio, este Derecho especial se caracteriza por su inspiración en el principio de conservación de la empresa, en la defensa de su integridad y de la continuación de sus actividades aparece así en nuestro Derecho en aras de intereses generales que se identifican con los del servicio público un sistema concursal que tiene por objetivo la conservación, la continuidad y el saneamiento de la empresa a través de modalidades basadas en la prioridad del convenio y si éste no se consigue, en la gestión pública y en la liquidación».
- (21) OLIVENCIA RUIZ, M. «El Derecho concursal: modernas...». *Op. cit.* pág. 318 indica lo siguiente, «la extensión del Derecho concursal aparece fraccionada y dispersa en multitud de disposiciones (...) sucede así que el Derecho español se ha ido descomponiendo a partir de los textos codificados en el siglo XIX en un montón informe de normas desajustado e inconexo cuyos remedios cuando se han intentado lejos de contribuir a su mejora han aumentado la confusión y el desorden».

bajos de la economía cuando mayor su necesidad, hay intentos de ofrecer una alternativa a la actual normativa vigente. En 1959 se elaboró un Anteproyecto de Ley de concurso de acreedores, quedando en el recuerdo, y en fechas más cercanas, un proyecto de ley de concurso elaborado por la comisión de cultura del Colegio de Abogados de Barcelona (22). El último intento es el Anteproyecto de Ley Concursal, de 27 de junio de 1983, que sólo se ha quedado en eso, un anteproyecto. Se produce una revisión de ese texto en el año 1986, «revisión importante y que, sin embargo, no es conocida» (23). En esta misma línea habrá que resaltar la reciente Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal aparecida en el suplemento número 1.768, de 15 de febrero de 1996, del Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior. El pensamiento de los códigos del siglo XIX es enteramente privatista aun cuando la Ley de 1869 (24) obliga a establecer un procedimiento especial de convenio con los acreedores de las compañías de ferrocarriles y posibilitar la continuidad del servicio, el cual coloca a los Tribunales de justicia ante la difícil tarea de interpretar con flexibilidad los textos legales y evitar la eliminación de la empresa.

La Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, constituye un hito importante en el desarrollo de la legislación concursal. En ella queda implícito el principio de conservación de la empresa en preceptos tales como el artículo 14 en el cual se expresa la posibilidad de que una vez liquidadas las deudas del concesionario que ha quebrado, el negocio pueda pasar a manos de otro concesionario. Por su parte, el artículo 20 es aún más explícito en este sentido toda vez que su esencia es la de dar la posibilidad de convenir con los acreedores el pago de sus deudas, en cualquier estado del procedimiento de quiebras, y por último el artículo 21 que pone de manifiesto la conciliación de los intereses de los acreedores con los del Estado.

Lo preceptuado en esta ley ha llevado a ROJO a afirmar que la finalidad básica de la misma es posibilitar la conservación de la empresa (25). En el Derecho comparado nos encontramos en la misma línea de actuación a la *Railway Companies Act* inglesa de 1867 como procedimiento reorga-

(22) Vid. Proyecto de Ley Concursal. Comisión de cultura del Colegio de Abogados de Barcelona. Barcelona: *Revista Jurídica de Catalunya*, 1981, I, pág. 7 y ss. esp. 13, donde se contempla la posibilidad de conservación de la empresa en situación de quiebra, «l) Informe sumario sobre la viabilidad de la empresa, efectuado por el Síndico antes de la declaración de concurso, pudiendo incluso proponer las medidas precisas para su saneamiento, que es parcialmente determinante de la elección por el Juez del procedimiento concursal a seguir. m) Determinación por el Juez del procedimiento de convenio preventivo o de liquidación de bienes, atendiendo principalmente a la posibilidad de continuación de las actividades del deudor, unida al dato positivo de que el activo sea superior al pasivo».

(23) ROJO, A. «Crisis económica y sindicatura en la reforma del Derecho concursal» en *Crisis económica y Derecho concursal*, en II Jornadas de estudio de las crisis empresariales y su tratamiento (...). Madrid: Consejo General del Colegio de Economistas, 1989, pág. 114.

(24) DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. «La modernización del Derecho Concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles», págs. 117-118, «en España, va a ser, el vehículo por donde penetra la problemática que suscita la crisis económica de una gran empresa moderna la Ley de 1869, es la Ley que marca el punto cero en la evolución del Derecho concursal español».

(25) ROJO, A. «La Tramitación escrita del convenio en la quiebra y suspensión de pagos». *Revista Poder Judicial*. N.º 33. Madrid, 1994, págs. 201-202.

nizativo de sociedades ferroviarias y que el Derecho americano utilizó inicialmente también en el ámbito de las sociedades ferroviarias, extendiéndolo posteriormente a todas las sociedades capitalistas como procedimiento reorganizativo (26).

En nuestro Derecho vigente, C. de c. de 1885, se señala a nuestro juicio de manera singular, una conservación transitoria de la empresa en el artículo 877 sobre la quiebra fraudulenta. En este precepto se da la posibilidad para que los Jueces, de oficio, *prescriban las medidas que exijan su conservación* mientras que los acreedores usan su derecho sobre la declaración de quiebra.

Respecto a la continuidad de la empresa, no del empresario, cabe señalar la gran relevancia del artículo 928 del C. de c. referido a la quiebra de las SA que no se hallen en liquidación, el cual posibilita la realización de un convenio cuyo contenido puede ser la continuación o el traspaso de la empresa con las condiciones que se fijen en el mismo.

En esta misma línea, el artículo 931 del C. de c. ofrece la posibilidad de no interrupción del servicio de explotación de ferrocarriles ni de ninguna otra obra pública por la importancia de los intereses afectados. También el artículo 940 del C. de c. da especial relevancia a un órgano público, el *Consejo de Incautación*, para organizar en caso de quiebra el servicio de la obra pública, administrarla y explotarla.

La LS de 26 de julio de 1922 (27) es una pieza a favor de la continuación de la empresa, al incentivar como forma de solución al convenio. Entre otros preceptos cabe destacar, el artículo 6.º de la LS, donde a diferencia de la quiebra, el comerciante suspenso puede conservar la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios, con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado. En este sentido la suspensión de pagos tiene preferencia, respecto de la quiebra, como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, y supone la aplicación del principio general del favor *debitoris* del artículo 59 del C. de c. (28).

---

(26) PULGAR, Juana. *Reforma del Derecho concursal comparado...* Op. cit. pág. 133. Cfr., en este mismo sentido, NICCOLINI, G. *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione delle società*. Milano: Giuffrè editore, 1990, pág. 60.

(27) VERGEZ SÁNCHEZ, Mercedes. «La Administración Judicial de empresas embargadas». Op. cit. pág. 301, «la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 puede, en cierto modo, considerarse como reveladora de ser una institución preventiva de la quiebra y como procedimiento que trata de eliminar el significado represivo de la misma para dar una mayor relevancia a los aspectos económicos y patrimoniales que están implicados». Admitamos como cierto que la interpretación y aplicación que se ha venido dando a la Ley de 26 de julio de 1922, se desentiende de las leyes naturales que rigen las sociedades humanas en general, especialmente las de toda economía de mercado libre, buenas o malas, pero que están ahí con todas sus consecuencias, a las que no se puede engañar con la trampa de un falso proteccionismo, máxime cuando éste viene de quien no está preparado para decidir sobre la continuidad de la empresa ni cuenta con los medios necesarios para ello: ¿quién es capaz de devolver al empresario en crisis el crédito, la confianza que el ejercicio del comercio exige? Y los que pagan las consecuencias de esa trampa son otras empresas, los acreedores, por lo general, a los que inconscientemente y con la mejor de las voluntades podemos contribuir a su desgracia, y, a veces, en cascada.

(28) ACHA BESGA, Borja. «Concurrencia de procedimientos concursales mercantiles». Madrid: *Derecho de los Negocios*, año 4. N.º 29. Febrero 1993, pág. 19. Vid. también, a ORTIZ NAVACERRADA, S. «Notas sobre quiebra consecutiva a suspensión de pagos». Madrid: *Actualidad Civil*, 1994-2. N.º 19/9-15 de mayo.

No se debe olvidar que la continuidad en la actividad económica del deudor suspenso no se interrumpe ni por admisión de la solicitud del deudor de declararse en suspensión de pagos ni tampoco por la posterior declaración. Sin embargo, en la realidad del tráfico resulta indudable el impacto negativo que supone la admisión a trámite de la suspensión de pagos, tanto para las relaciones comerciales del empresario como para sus clientes y proveedores. La constatación de la difícil viabilidad de la empresa en crisis origina que durante la tramitación del procedimiento de suspensión de pagos el deudor pierda el crédito comercial y se encuentra abocado a pagar al contado a sus proveedores, agravando su de por sí delicada situación.

Por todo ello, durante la tramitación de la suspensión de pagos se debe perfeccionar al máximo la utilización de cuantas técnicas en materia empresarial contribuyan de modo decisivo al saneamiento y conservación de la empresa.

Respecto a nuestra jurisprudencia, se da una especial prevalencia a la suspensión sobre la quiebra, y así lo demuestran las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1927, 3 de julio de 1933, 26 de noviembre de 1976, 7 de marzo de 1986, 13 de febrero de 1989, 26 de noviembre de 1991, 11 de enero de 1993, 20 de mayo de 1993 y otras, que vienen a reflejar la posibilidad de la conservación de la empresa por mediación de este instituto concursal. A través de la suspensión de pagos los empresarios pueden conservar su patrimonio, aun cuando su valor sea inferior al pasivo, frente a la liquidación. Parece atinado que el procedimiento se oriente a ello, y no sólo mediante el convenio en la quiebra, sino también, y principalmente, *ab initio*, mediante la suspensión de pagos (29).

No obstante, pese a la existencia en nuestra legislación de preceptos aislados que recogen la posible conservación de la empresa, coincidimos con BONELLI, en que es el pago de los créditos, mediante el reparto o distribución entre los acreedores del producto obtenido con la liquidación o realización del activo del quebrado, en nuestro Derecho vigente, el fin último u objetivo cardinal del procedimiento de quiebra. Al respecto señala este autor que la liquidación del activo es el momento más decisivo y verdaderamente característico del procedimiento de quiebra, es esencialmente un proceso de liquidación, como lo es todo procedimiento ejecutivo sobre bienes del deudor. La satisfacción de los acreedores, que es el fin último del procedimiento, sólo puede conseguirse reduciendo los varios elementos activos del patrimonio a aquel medio universal de pago que es el dinero (30). Como puede deducirse de lo expresado, la conservación del patrimonio del deudor es algo accesorio e instrumental puesto que la finalidad esencial de nuestro Derecho concursal es el reparto de bienes para la satisfacción de los acreedores.

(29) MASCARELL NAVARRO, M.<sup>a</sup> José. «La Declaración de suspensión de pagos: relaciones con la declaración de quiebra». Valencia: *RGD*, 1992. N.º 576, págs. 8.630 y 8.644, «el suspenso intentará obtener un convenio con sus acreedores que le permita proseguir con su actividad comercial, y en este sentido numerosa jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias reconoce que la finalidad de la suspensión de pagos es la conservación del patrimonio del deudor y no su liquidación -entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1984 y 5 de julio de 1985, las Sentencias de 9 de julio de 1985 de la Audiencia Territorial de Valencia (en *RGD* octubre-noviembre 1985, pág. 3.444), 2 de octubre de 1986 de la Audiencia Territorial de Bilbao (en *RGD*, mayo 1987, págs. 2.788 y 2.789) y 26 de enero de 1987 de la Audiencia Territorial de Albacete (en *RGD*, diciembre 1988, págs. 7.181 a 7.183)».

(30) BONELLI, G. *Del Fallimento*. Tomo II. Milán, 1923, pág. 641.

## 2.2. Breve referencia al Anteproyecto de Ley Concursal de 1983.

En España, en 1976, se creó en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, un grupo de trabajo para la revisión de la legislación concursal, a partir del Anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959. Sin embargo, en 1978, se cambió el método de trabajo y por el Ministerio de Justicia se crearon dos ponencias; una de ellas se encargó de la redacción de las Bases para un Anteproyecto de Ley Concursal, publicado en 1983.

El Proyecto de Bases proclamaba que la finalidad del concurso no es sólo la satisfacción de los acreedores, sino también la protección de los intereses públicos y sociales en los casos de crisis económica de un deudor común (Base I). El ALC'83 trata de plasmar esta idea previendo como modalidades concursales, además de la liquidación, el *convenio*, que tiene preferencia (arts. 211-240 ALC'83), y la *gestión controlada* (arts. 247-261 ALC'83), cuando no se llegue a un convenio y se quiera evitar la liquidación (31).

La postulación directa del interés general y público en la conservación de la empresa se revela en el Anteproyecto a un doble nivel. Por un lado, la atribución de la legitimación para instarlo a sectores que representan intereses sociales o públicos en la conservación de aquélla y por otro lado la *imposición al deudor del plan de reestructuración* acordado por la mayoría de los acreedores y aprobado por el Juez (32).

Tanto en la Exposición de Motivos como a lo largo de su articulado se destaca que la finalidad básica del concurso ya no es la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común, con las modificaciones de estructura y gestión que resulten necesarias para posibilitar su supervivencia (arts. 9, 13, 26, 28, 88, 174, 176, 210 n.º 3, Título VI, Capítulo IV, arts. 247 a 261, entre otros). Ante la disyuntiva saneamiento o liquidación, los redactores del Anteproyecto se han inclinado decisivamente por el principio de conservación, siendo la liquidación una solución última y residual, extrema y desesperada, ponderando justamente los intereses generales, públicos y sociales, cuya tutela aconseja la conservación de las empresas viables y el mantenimiento del empleo.

---

(31) CARRILLO FRANCO, H.A. *Prevención de la Quiebra y Reorganización de sociedades. La Reorganización concursal del Derecho Norteamericano*. Tesis doctoral. Valladolid: s.n. 1990, pág. 68.

(32) GONDRA ROMERO, J.M.<sup>a</sup> «La Funcionalidad del sistema concursal». *Op. cit.* pág. 176. *Vid.* INFORME del Consejo General del Poder Judicial. Anteproyecto de Ley Concursal. Madrid: *Revista del Poder Judicial*, septiembre 1984. N.º 12, págs. 86, 91 y 95, «la liquidación, solución extrema y última y más si se tiene en cuenta la nueva modalidad introducida bajo la denominación de gestión controlada para cuando la desaparición de la empresa pueda producir efectos negativos, de especial importancia económica o social y sea viable un plan de reorganización (...) una nueva filosofía sobre la base de que la finalidad esencial del concurso ya no es la liquidación sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor en situación de crisis económica bajo la dirección del juez como expresión de la relevancia que el interés público ha de tener en el concurso».

Desde nuestro punto de vista, parece clara la confianza depositada por los redactores del Anteproyecto en la autonomía negocial, como vía prioritaria de solución de la crisis económica del deudor, en la medida en que normalmente comporta la conservación de su empresa. También se puede observar el principio de conservación en la creación y la actividad de la *Comisión Interventora*. En la previsión de este órgano late, una vez más, el propósito de proteger los intereses públicos o sociales afectados por las situaciones de crisis económica (33).

Parecen especialmente ilustrativos los testimonios dados por algunos autores que a través de sus reflexiones llegan a afirmar que se ha sancionado en el Anteproyecto el principio de la conservación de la empresa, como principio generalmente aceptado en ordenamientos jurídicos afines al nuestro con importantes precedentes en el Derecho español, y que los redactores de nuestro Anteproyecto han tenido muy en cuenta (34).

El Anteproyecto de 1983 está alumbrado por el *nuevo* Derecho de quiebra, cuyos principios comunes pueden enunciarse así:

- La *quiebra-liquidación* cede el paso a la quiebra-saneamiento, destinada a salvar las empresas viables que se encuentren en situación de crisis.
- La *quiebra protectora de los acreedores* cede el paso a una quiebra en la que valoran, junto a los intereses de éstos, otros afectados por la crisis económica. La quiebra *procedimiento de ejecución colectiva de créditos*, cede así, ante una quiebra *composición de intereses* (35). Con el concurso, entendido en el Anteproyecto, se intenta pues, «salvar de la crisis a una empresa o unidad de producción, mejorando sus rendimientos y, si ello no fuera posible se prevé la liquidación de su patrimonio» (36).

(33) OLIVENCIA RUIZ, M. «El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma» en la *Reforma de la Legislación...* *Op. cit.* pág. 347.

(34) Entre estos autores destacar a VERDERA Y TUELLS, E. «Aspectos económicos y jurídicos de la reforma (...)», *Op. cit.*, pág. 180; en el mismo sentido OLIVENCIA en «El derecho concursal: modernas orientaciones...». *Op. cit.* págs. 325, 332 y 333, «estamos ante una situación de crisis, ante nuevos hechos y nuevas ideas que arrumban un Derecho viejo y exigen el alumbramiento de nuevas normas (...) escalonamiento de soluciones una concepción valorativa de los intereses en juego, que relega la liquidación al último lugar lo importante, para el interés público y para el de los acreedores, no es liquidar el patrimonio, sino sanearlo (...) sobre todo cuando con él hay que conservar unidades productivas, cuyo desmembramiento lesiona intereses del Estado, de los trabajadores, de terceros, del propio titular y hasta de los acreedores. El principio de "conservación" atiende a satisfacer con prioridad esos intereses. Y éste es el criterio que inspira nuestras Bases. Se trata, ante todo, de "llegar a tiempo" en las declaraciones de concurso, para no encontrar cadáveres que enterrar, sino enfermos que curar. Por eso los supuestos del concurso, no se vinculan a situaciones sanables o definitivas, sino a "crisis", que pueden superarse. Y por eso el fin prioritario del concurso no es la liquidación del patrimonio, su desintegración o desmembración, sino su recuperación, como medida de defensa de la producción y del empleo». *Vid.*, en este sentido, GARCÍA MARTÍNEZ, R. «Principios de Derecho Concursal: La igualdad de los acreedores». Madrid: *Revista Jurídica española, La Ley*, 1984. N.º 3, pág. 883, «recoge como principio general el de la conservación de la empresa».

(35) OLIVENCIA RUIZ, M. «La Evolución del Derecho de Quiebra y el Consejo de Europa». *Op. cit.* pág. 1.053-54.

(36) MONTÓN REDONDO, Alberto. «Líneas Generales y principios del futuro proceso concursal». *Justicia*, 1986. N.º 2, pág. 301.

Esta idea de la continuidad de la empresa como fin primordial parece desaparecer en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal presentada a la Secretaría de Estado de Justicia en diciembre de 1995. En la Exposición de Motivos se señala que la norma, sin perder el norte de la satisfacción de los acreedores como finalidad primordial de los institutos concursales, ofrece la posibilidad de llegar a los oportunos convenios de continuación, adoptados con las debidas garantías, cualquiera que haya sido la conducta del deudor (37).

### 2.2.1. La gestión controlada.

La gestión controlada constituye un procedimiento destinado a obtener la continuidad de la empresa (arts. 247-259 del Anteproyecto de 1983). Presupone la presentación de un plan de reorganización económica con el mayor detalle posible y, concretamente los medios económicos y financieros ofrecidos en firme (38) por los acreedores o por los terceros para la reorganización. El órgano encargado de la administración de la empresa, y más concretamente el ejecutor de la vigilancia del plan de reorganización (art. 256) es la Comisión de Intervención según se desprende de los artículos 253 a 257.

La propuesta de gestión controlada puede ser solicitada por la Administración Pública, el síndico, los acreedores que representen al menos un tercio del pasivo total y por los trabajadores que representen un tercio del total de cuantos componen la plantilla fija de la empresa en concurso (39).

Consideramos que, independientemente de que la gestión controlada no se encuentra bien regulada en el Anteproyecto, por adolecer de importantes omisiones e imprecisiones existe un problema que afecta a la propia institución y es el de conseguir los medios financieros necesarios para la reorganización empresarial.

Estos medios deberán ser aportados por los acreedores o por los terceros. Al respecto cabe alertar sobre las ayudas de estos terceros que pueden ser ayudas estatales en cuyo caso, si el plan no es realmente eficaz y si la gestión como tal no es certera, puede convertirse en un mal que afecte al

(37) *Cfr.*, a modo ejemplificativo, artículo 81 referido a la conservación y administración de la masa activa. Especial atención merece el artículo 152, Propuesta de Convenio: 1. Con una antelación de, al menos, dos meses a la fecha de la Junta de acreedores, el deudor podrá presentar al Juez del concurso una o varias propuestas de convenio, acompañadas de un plan de continuación o de liquidación. En el plan de continuación deberá especificarse el cuadro de financiación en el que describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes.

(38) Véase el artículo 248 n.º 2. Los concretos medios económicos y financieros ofrecidos en firme por acreedores o terceros para la solución de la crisis económica.

(39) *Cfr.* en este sentido artículo 247. Dentro de los quince días siguientes a la apertura de la liquidación, la Administración Pública, el síndico, los acreedores que representen al menos un tercio del total pasivo o los trabajadores que representen el mismo porcentaje de los trabajadores fijos de la empresa, podrán presentar al Juez del concurso solicitud de gestión controlada acompañada de un plan de reorganización del patrimonio del concursado para su consideración previa por parte de la Junta convocada para tratar del plan de liquidación.

resto de los contribuyentes. No es de extrañar por ello que en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal presentada a la Secretaría de Estado de Justicia en 1995 en su Exposición de Motivos se establezca que «naturalmente, no se puede pretender que la legislación concursal cumpla función de taumaturgo, convirtiendo en prósperas empresas inviables. Pero es legítimo aspirar a que esa legislación, rectamente aplicada por Jueces y Magistrados con conocimientos y experiencia, sea el cauce de las soluciones posibles, con sacrificio ponderado de todos los interesados, a la vez que instrumento técnico para la represión de las conductas en las que radique la causa de la producción o de la agravación del daño a los acreedores y también a los trabajadores».

En las bases para la reforma del Derecho concursal de 1983, se hablaba en relación con el nombramiento de síndicos, de «expertos en estas materias» y por extensión, hemos de entender que se refiere a experiencia de «verificación contable» o tal vez se quiere decir a experiencias en salvamento de empresas, lo que ya penetra en un campo de características o aptitudes distintas de las del técnico o profesional. Indudablemente que se aspira a que reúnan condiciones de tecnicismo y de conocimiento y audacia empresariales, pero nos parece chocantes entre sí estas aptitudes.

En la práctica de hoy día, referida a la suspensión de pagos donde aparecen los interventores como figuras similares a las de los síndicos en la futura gestión controlada, estas funciones recaen sobre empleados de mayor o menor categoría y su presencia en la fiscalización del movimiento económico de la empresa en crisis se limita a verificar los cobros y pagos realizados y a su colaboración en la confección de un balance. Esto en el caso del interventor-acreedor de la suspensión de pagos, que cuando el nombramiento es del síndico, en la quiebra, su presencia es, en la generalidad de los casos, la de «convidado de piedra».

En la reforma de 1983 se prescribe la elaboración de un estatuto para el síndico, artículos 36 al 57, que revela la importancia tan extraordinaria que en el concurso se otorga a esta figura. Ello se pone más de relieve cuando en la modalidad de la gestión controlada han de ser oídos sus criterios antes de la aprobación judicial y muy concretamente los relativos a la viabilidad de la reorganización y la probabilidad de efectos negativos. Esto último resulta de especial importancia económica o social ya que tales efectos traen aparejada la liquidación del patrimonio del deudor, artículo 251 del Anteproyecto.

En la mente de muchos juristas reside el temor de este depósito de confianza en una sola persona, profesional destacado, que aún se va a ensalzar más en el cometido de la función de síndico único con atribuciones que hasta ahora no tuvo, ni siquiera compartidas con otras personas. Bien es verdad que la dispersión o división de responsabilidad diluye la misma pero no debiera dejarse al solo enjuiciamiento de un síndico cuestiones tan importantes como el porvenir de una empresa en crisis. Esto es así ya que sus criterios tendrán un peso importante en la información que, acerca de la economía de la empresa, traslada al Juez y también porque su dictamen va a ser determinante en la decisión de la Junta.

Entendemos que hubiera sido más seguro un órgano colegiado de estructura distinta a la sindicatura conocida. La responsabilidad compartida, bien delimitada, con actuaciones de tiempo bien definida nada obsta -antes al contrario- para que la tarea sea llevada a cabo con la mayor eficacia en el menor tiempo posible, celeridad que también es preciso buscar para que no se hagan interminables los procedimientos entre las prórrogas legales y las toleradas.

En este sentido en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, que no prevé la gestión controlada, se establece en su Exposición de Motivos que «especial cuidado ha puesto la Ley en la composición de la sindicatura y de la intervención. Tras un detenido análisis de los modelos alternativos, se ha optado por un órgano de composición plural, en el que, al lado de un jurista prestigioso y competente, participa un experto auditor de cuentas y un acreedor, con algunas excepciones significativas que ya conocía el Derecho. Si la presencia en el órgano de un auditor y de un acreedor no requiere especial justificación, la exigencia de un síndico o de un interventor letrado obedece a la voluntad del legislador de desjudicializar, en alguna medida la adopción de determinadas decisiones, a la que se une el propósito de refundir en ese concreto síndico o en este concreto interventor algunos de los rasgos más significativos de los antiguos comisarios, atribuyendo a esta figura funciones que, por su carácter estrictamente jurídico, encajan más en la cualificación de los demás componentes del órgano». La ley distingue entre funciones generales y funciones especiales de síndicos e interventores, distinción que debe ser tenida en cuenta a la hora de exigir eventuales responsabilidades.

### III. DERECHO COMPARADO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS INSTITUTOS REORGANIZATIVOS

#### 1. Los institutos reorganizativos.

Dentro del Derecho concursal contemporáneo se regulan soluciones al problema de las empresas con dificultades económicas coyunturales que se engloban bajo la denominación de institutos reorganizativos y que son cualitativamente diferentes de las que se establecen respecto a aquellas empresas que se encuentran en estado de insolvencia o crisis, en cuyo caso la solución la constituye el tradicional procedimiento de quiebra.

Los actuales institutos reorganizativos son fruto de una larga elaboración jurisprudencial y legislativa, cuyo antecedente es la institución anglosajona de la *equity receivership*, especie de administración forzosa que, en síntesis, llevaba consigo el nombramiento judicial de un *receiver* (administrador), que continuaba la explotación de la empresa mientras se negociaba su futuro. Asimismo suponía la suspensión de las ejecuciones individuales de los acreedores contra el patrimonio social, y se terminaba el procedimiento con una venta judicial de los bienes del deudor a los acreedores, quienes a su vez los cedían, conforme a un convenio o plan, a una nueva sociedad constituida para continuar la actividad empresarial.

La figura de la reorganización, que comporta poderes de estructuración de la empresa desconocidos para las tradicionales disciplinas concursales, conlleva la introducción de transformaciones drásticas e importantes en la estructura financiera y en el esquema organizativo y estatutario de la empresa.

En nuestra opinión la justificación de la reorganización estriba en que la insolvencia y la crisis de una gran empresa, con muchos accionistas y trabajadores, es un asunto de importancia general, y la continuación de su actividad, un asunto de interés público.

Sin embargo, consideramos que se debe ser muy cauteloso en su utilización de forma que no se aplique la reorganización a cualquier empresa, sino a aquellas susceptibles de ser reorganizadas desde un punto de vista objetivo, sin introducción de matices políticos, atendiendo sólo criterios objetivos de viabilidad. Esto supone establecer parámetros bien delimitados para las empresas que estén en condiciones de ser efectivamente saneadas, pues no se trata de aplazar las consecuencias negativas del estado de insolvencia, sino actuar con criterios de eficiencia en los resultados en relación con los costes y la inversión de recursos utilizados para llevar a cabo la reorganización.

El procedimiento de reorganización se basa en la teoría de que los bienes de una empresa son más valiosos cuando continúan con la capacidad productiva para la que fueron creados que cuando se desmantelan o se venden por piezas. Pero no es menos cierto que la aplicación de la institución no está exenta de problemas puesto que supone, entre otros, pronunciarse sobre lo señalado con anterioridad respecto a las posibilidades de *recuperación de la empresa*, y dar respuesta a la reacción de los acreedores ante estas medidas reorganizativas.

Lo que no cabe duda es que la reorganización es una forma de proceder a la conservación de la empresa cuando se reúnen ciertas condiciones que son, en cierto modo, controlables y previsibles. Pero al mismo tiempo, insistimos que deben estar bien establecidos los criterios de acceso a la reorganización, y entre ellos aquellos que permitan de alguna manera establecer el valor de la empresa en funcionamiento, cuestión esta última muy difícil. En este sentido tenemos que en EE.UU. (40), de donde ha procedido la inspiración de los países europeos a la hora de innovar los procedimientos de reorganización, se haya defendido recientemente la oportunidad de derogar el *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* al efecto de eliminar los obstáculos que impiden alcanzar una valoración adecuada de la empresa por las características de la misma, cuestión esta indispensable a la hora de tomar una decisión ante el dilema liquidación-reorganización en términos económicos.

A pesar que la legislación concursal ha acogido en su seno la regulación de los institutos reorganizativos, paradójicamente nos encontramos que en la práctica las empresas se organizan a través de fórmulas jurídicas no concursales como pueden ser la fusión y las innumerables variantes de recapitalización de empresas (41).

(40) Puede verse, entre otros autores, ROE, Mark. J. «Bankruptcy and Debt: A new Model for Corporate Reorganization». *Colum. L. Rev.*, 1983, vol. 83, págs. 527-602; también en este sentido BAIRD, Douglas G. «Revisiting Auctions in Chapter 11». *Law & Economics*, 1993, vol. XXXVI, págs. 633-653.

(41) NICCOLINI, G. *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione delle società*. Milano: Giuffrè editore, 1990, pág. 82.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión la reorganización de la empresa en dificultades económicas es susceptible de convertirse en un elemento muy importante del nuevo sistema concursal, sin perjuicio de que fuera de éste sigan produciéndose salvaciones puntuales o sectoriales que no son propias del Derecho concursal.

Las reorganizaciones pueden ser menos costosas que la quiebra ya que si las partes están de acuerdo, pueden llevarse a cabo con unos mínimos costes transaccionales. Por otro lado, no se nos escapa que cuando surgen desacuerdos, la reorganización puede ser tan costosa como el proceso de quiebra al ser imposible llevar a efecto una reorganización de los créditos de los acreedores. Un elemento importante a tener en cuenta con respecto a la reorganización es el relativo a las ventajas fiscales que la legislación pueda brindar o no en estos casos, tanto es así que de acuerdo con el Derecho de EE.UU. los acreedores pueden preferir recurrir a la quiebra porque la empresa en apuros financieros puede obtener nueva financiación sólo mediante una quiebra formal (42).

Lo que sí parece claro es que se ha de evitar cualquier tipo de especulación en la reorganización de empresas ya insalvables, al respecto se hace necesario que se demuestre con los medios pertinentes que el proyecto de viabilidad reorganizativa es posible y útil para la empresa, con las garantías de que se podrán reunir los fondos suficientes para su ejecución. Con las premisas expuestas se veta toda posibilidad de que se acojan a estas medidas empresas quiméricas que, bajo el amparo de intereses públicos, pueden hacer víctimas a millones de contribuyentes. Por tanto, lo que principalmente debe probarse es su posibilidad económica, esto es, que su costo podrá ser compensado suficientemente con los productos y ventajas que resulten de su ejecución, para lo cual es necesario presentar los datos requeridos para calcular el costo. Se trata de saber el límite hasta el cual es posible socorrer a esa empresa. Si es posible se llevará adelante, pero nunca se posibilitará el atraer capitales inmensos hacia una empresa descabellada y ruinosa, comprometiendo el dinero público.

No queremos pasar por alto que otro de los grandes escollos para llevar a cabo la reorganización se encuentra, como señala DUQUE, en la aptitud de los actuales órganos jurisdiccionales y la necesidad de su adecuación para valorar correctamente las posibilidades de supervivencia de una empresa y la corrección del plan de reorganización propuesto, a fin de alcanzar, simultáneamente, aquel resultado y la satisfacción máxima de los intereses afectados (43). A todo lo anterior se une la deficiente preparación de Jueces (44) y Magistrados en estas materias de reconocida complejidad,

(42) GORDON, Roger H. y MALKIEL, Burton G. «Financiación de las Sociedades». *Hacienda Pública Española*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1984. N.º 88, pág. 361. Refiriéndose a la actitud de las entidades financieras ante la disyuntiva liquidación o conservación «nuestra institución financiera está dispuesta a renunciar al 20 por ciento de lo que podríamos obtener de nuestros créditos a fin de mantener a la sociedad lejos del alcance de los tribunales porque de otro modo podríamos perder el 30 por ciento o más aún. Esta estimación del 30 por ciento se compone de un 10 por 100 de costes administrativos y jurídicos y un 20 por 100 en concepto de transferencias desde los acreedores a los accionistas».

(43) DUQUE DOMÍNGUEZ. «Reflexiones...». *Op. cit.* pág. 95. *Vid.*, en este sentido, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. «El Derecho concursal español y el extranjero...». *Op. cit.* pág. 297.

(44) A la luz de esto, decir que los Jueces desconocen estas materias, no por falta de formación profesional, sino porque se trata de una materia que exige unos especiales conocimientos de matemáticas, economía y contabilidad. De ahí que se abogue por una auténtica especialización de los órganos jurisdiccionales encargados de conocer de los procesos concursales de acuerdo con las exigencias de los nuevos tiempos.

así como la falta de medios personales y materiales de la Judicatura. En esta misma línea, el comisario-depositario y comisario-síndico, con muchas y meritorias excepciones, no pueden dar el resultado apetecido por causa de falta de experiencia, de escasez de su retribución y de tenerse que dedicar a otras ocupaciones preferentes. Del mismo modo que ni la jurisprudencia, ni la doctrina se han preocupado apenas de la quiebra de las sociedades mercantiles, lo que justifica la necesidad de su estudio, entre otros.

## 2. Ordenamientos próximos.

### 2.1. Derecho italiano.

El Real Decreto sobre la quiebra, el convenio preventivo, la administración controlada y la liquidación forzosa administrativa de 1942, contenido de las normas concursales fundamentales del Derecho italiano regulan este procedimiento de carácter preventivo y voluntario al que se le denomina *amministrazione controllata* al cual pueden someterse aquellas empresas con dificultades coyunturales. Como puede advertirse el término empleado, a saber, dificultades coyunturales, no resulta preciso ya que tampoco va acompañado de ningún tipo de criterio que contribuya a orientarnos acerca del grado de dificultades económicas que determine la posibilidad de sometimiento al proceso en cuestión.

#### 2.1.1. La gestión controlada.

La solicitud de administración controlada debe ser presentada por el deudor ante el Tribunal y una vez admitida, el Tribunal delega en un Juez para llevar a cabo un procedimiento, asimismo ordena la convocatoria de los acreedores, los cuales deberán reunirse en Junta General de acreedores a los efectos de aprobar la solicitud. Por último, procede a nombrar al comisario judicial.

Se entenderá aprobada la propuesta del deudor cuando consiga el voto favorable de la mayoría de los acreedores que representen la mayoría de los créditos.

Si se alcanza la mayoría establecida, el Juez delegado nombra un Comité de tres a cinco acreedores que asisten al comisario judicial. Durante el procedimiento el Tribunal podrá confiar al comisario judicial, en todo o en parte, la gestión de la empresa y la administración de los bienes del deudor. Este comisario judicial deberá informar cada dos meses sobre el desarrollo de la empresa. Asimismo informará junto al Comité de acreedores los hechos que aconsejen la revocación de la administración controlada.

En el momento que resulte que la administración controlada no puede continuarse de forma provechosa, el Juez delegado solicita del Tribunal la declaración de quiebra, quedando a salvo la facultad del empresario de proponer el convenio preventivo.

El fin de la administración controlada puede producirse por dos causas, una de ellas que el deudor demuestre estar en disposición de satisfacer regularmente sus obligaciones en cuyo caso podrá solicitar del Tribunal incluso antes del término establecido, la cesación del procedimiento. La otra forma sería si al término de la administración controlada resulta que la empresa no está en condiciones de cumplir regularmente sus obligaciones. En este caso el Juez delegado promoverá ante el Tribunal la declaración de quiebra.

La administración controlada italiana, además de que su regulación es defectuosa e imprecisa, no ha encontrado acogida en la práctica de este país.

#### 2.1.2. La administración de la gran empresa en crisis.

El Decreto-Ley de 30 de enero de 1979, número 26 -modificado sucesivamente-, sobre administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, tiene como objetivo regular el saneamiento de estas empresas. Es por ello que en su artículo primero delimita el ámbito de su aplicación estableciendo límites cuantitativos respecto al número mínimo de empleados y capital que deberán tener las referidas empresas.

El procedimiento de administración extraordinaria se declarará por Decreto del Ministro de Industria, Comercio y Artesanado de acuerdo con el Ministro del Tesoro, cuando sea comprobado judicialmente el estado de insolvencia de la empresa o la omisión del pago de al menos tres mensualidades de retribución y discurrirá bajo la dirección de uno a tres comisarios bajo la vigilancia del Ministro de Industria.

El comisario tendrá facultades para continuar el ejercicio de la empresa por un período de dos años prorrogable como máximo dos veces; para ello dispone de un programa cuya ejecución debe ser autorizada por la autoridad de vigilancia. Este programa debe prever, en la medida de lo posible y atendiendo a los intereses de los acreedores, un plan de saneamiento, coherente con las direcciones de la política industrial, con indicación específica de las instalaciones a reactivar y de aquellas a completar, además de las instalaciones y complejos a transferir y de las eventuales nuevas órdenes empresariales. Se debe preservar, en la medida de lo posible la unidad de los complejos operativos, incluso aquellos que se van a transferir (art. 2.º).

Esta norma que preceptúa la posibilidad de que el Tesoro Público garantice, en todo o en parte, las deudas que las sociedades bajo administración extraordinaria contraigan con entidades de crédito para la financiación de la gestión corriente y para la reactivación y el complemento de instalaciones, inmuebles y maquinarias industriales. El importe total de estas garantías se fija en setecientos mil millones de liras (art. 2.º bis).

En cuanto a los incentivos fiscales se establece que las transmisiones de empresas o complejos empresariales pertenecientes a la empresa bajo administración extraordinaria se someten al impuesto de registro en la cuantía fija de un millón de liras.

La terminación del procedimiento se declara por la autoridad de vigilancia, a instancia del comisario extraordinario o de oficio en los siguientes casos:

- 1.º Cuando se alcance a pagar las deudas con los acreedores o éstas se extingan de alguna manera y se abonen las retribuciones al comisario y las costas procesales, y
- 2.º Cuando no pueda ser útilmente continuado el procedimiento por insuficiencia de activo.

## 2.2. *El Derecho francés.*

### 2.2.1. Finalidad. Presupuestos.

1. El ordenamiento francés a través de su Ley de 25 de enero de 1985 (45), sobre el saneamiento y liquidación judicial de empresas, tiene como objetivo establecer un procedimiento que permita salvaguardar la empresa, mantener el empleo y dar satisfacción al pasivo (art. 1.º).

2. El procedimiento establecido por esta ley se aplicará a los comerciantes, artesanos y a las personas jurídicas de Derecho privado, siempre y cuando se encuentren ante la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con el activo disponible. También podrá abrirse el procedimiento cuando se produzca un incumplimiento de los compromisos financieros contraídos con los acreedores en los marcos de un convenio amistoso al amparo del artículo 5.º de la Ley sobre Prevención y Convenio Amistoso en Caso de Dificultades de la Empresa de 1984. Estarán legitimados para solicitar la apertura del procedimiento tanto el deudor, en plazo máximo de 15 días desde la cesación de los pagos, como cualquier acreedor, independientemente de la naturaleza de su crédito. También el Tribunal puede conocer la cuestión de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal.

Corresponde al Tribunal decidir sobre la apertura del procedimiento cuya primera fase la constituye un período de observación de tres meses, renovables por una sola vez, con vista a la elaboración de un balance económico y social y a la presentación de propuestas sobre la continuación o la cesión de la empresa (art. 8.º). Durante este período de observación se suspenden todas las ejecuciones contra el deudor y se propondrá un plan de saneamiento o la liquidación judicial (arts. 47 y 18).

La apertura del procedimiento de saneamiento judicial supone la designación por parte del Juez de dos mandatarios judiciales que serán el administrador y el representante de los acreedores. El administrador podrá solicitar el nombramiento de uno o varios expertos (art. 10).

---

(45) Nótese que esta ley ha sido modificada varias veces, siendo la última la Ley n.º 94-475, de 10 de junio de 1994, pero esta reforma es más bien de forma y no afecta a su contenido.

Estos mandatarios deberán mantener informado al Juez y al Ministerio Fiscal del desarrollo del procedimiento, para lo cual podrán requerir en cualquier momento que se les informe sobre todos los actos o documentos relativos al mismo. De acuerdo con el artículo 31 las funciones que se atribuyen a los administradores se fijan por el Tribunal, pero no obstante esto, el propio artículo señala algunas de ellas como son las de vigilar las operaciones de gestión, asistir al deudor en los actos concernientes de la gestión, garantizar la administración de la empresa, entre otras.

Durante esta etapa el deudor continúa en el ejercicio de los actos de disposición y administración de su patrimonio y puede ejercer los derechos y acciones que no se encuentren comprendidos en las funciones del administrador (art. 32), por su parte, corresponderá al administrador requerir la adopción por el director de la empresa o, en su caso, adoptar por sí mismo todos los actos necesarios para la conservación de los derechos de la empresa contra los deudores de ésta y para la preservación de su capacidad de producción (art. 26).

### 2.2.2. El plan de saneamiento.

Teniendo en cuenta el informe rendido por el administrador en esta etapa, corresponderá al Tribunal decretar un plan de saneamiento o decidir la liquidación (art. 61). El plan de saneamiento, regulado en lo fundamental en el artículo 62, designará las personas encargadas de ejecutarlo y mencionará el conjunto de compromisos suscritos con ellas y necesarios para el saneamiento de la empresa. Contendrá elementos de carácter financiero como son los recursos de esta naturaleza necesarios para mantener la actividad empresarial y las formas de financiamiento así como las formas de satisfacción del pasivo; deberá contener también las modificaciones estatutarias que se requieran y, por último, deberá exponer el nivel y las perspectivas de empleo así como las condiciones sociales contempladas para la continuación de la actividad. La duración de este plan se fijará por el Tribunal (art. 65).

Resulta muy importante lo establecido en el artículo 69 en el sentido de que sólo se podrá decidir por el Tribunal la continuación de la empresa cuando existan serias posibilidades de saneamiento y de satisfacción del pasivo. También merece ser señalado el hecho de que esta continuidad supone una aceptación, por parte de los acreedores, de las medidas contenidas en el plan, lo que ha hecho afirmar que en este caso la ley sustituye el convenio entre los acreedores y el deudor por «un sistema de adhesiones de los acreedores al plan» (46).

La ejecución del plan de saneamiento será supervisada por un «comisario», función para la cual el Tribunal podrá designar al administrador o al representante de los acreedores (art. 67). Cualquier modificación sustancial en los objetivos y medios del plan tendrá que ser aprobada por el Tribunal (art. 68).

---

(46) GARCÍA VILLAVERDE, R. *Textos de Derecho Concursal europeo*. Madrid: Dykison, 1993, pág. 119.

En el caso de que el deudor no cumpla en los plazos fijados en el plan los compromisos financieros adquiridos con los acreedores, uno o varios de éstos que representen al menos el 15 por 100 de los créditos podrá someter al Tribunal la resolución del plan y la apertura de un procedimiento destinado a la cesión o a la liquidación judicial (art. 80). La cesión de la empresa tendrá tres objetivos fundamentales:

- 1.º Asegurar el mantenimiento de actividades susceptibles de explotación autónoma.
- 2.º Mantener en todo o en parte los empleos, y
- 3.º Satisfacer el pasivo (art. 81).

Estos objetivos se reiteran en el artículo 85 que dispone que a los efectos de esta operación el Tribunal elegirá la oferta que permita asegurar en las mejores condiciones la conservación duradera del empleo vinculada a la unidad cedida y el pago de los acreedores. Dispone la ley, además, la posibilidad de que a través de la resolución judicial que decrete el plan de cesión, podrá el Tribunal autorizar la conclusión de un contrato de arrendamiento de empresa (art. 94).

Como se aprecia, esta ley que otorga muy amplias facultades al Tribunal le concede entre ellas la posibilidad de decretar tanto la continuación de la empresa mediante el cumplimiento del plan de saneamiento, como su cesión o arrendamiento, todo ello bajo la perspectivas de conservar aquellas empresas que se encuentran con dificultades económicas, pero que tienen la posibilidad real de ser saneadas.

Además de las deficiencias que en el orden técnico la ley presenta fundamentalmente en cuanto a su sistemática, constituye una realidad que en el orden práctico no ha tenido efectividad, cuestión esta que la demuestra el hecho de que en Francia más del 93 por 100 de las crisis empresariales se hayan resuelto mediante el procedimiento de liquidación judicial.

### 2.3. *Derecho portugués.*

#### 2.3.1. Finalidad. Presupuestos.

1. En 1993 fue aprobado el Decreto-Ley sobre los Procesos Especiales de Recuperación de Empresas y la Quiebra que constituye una reforma del Derecho concursal dirigida fundamentalmente a un reordenamiento en la regulación de la crisis de la empresa, materia esta que trata de forma independiente de la quiebra como instituto liquidativo. Al efecto prevé cuatro modalidades de recuperación para estas empresas en crisis: el convenio, el acuerdo de acreedores, la reestructuración financiera y la gestión controlada (art. 4.º).

2. Estas modalidades de recuperación se aplicarán a las empresas -nunca a deudores no empresarios- que se encuentren en situación de insolvencia (arts. 1.º y 27), definida tal situación como la imposibilidad de cumplimiento puntual de las obligaciones por no disponer de medios propios ni de créditos (art. 3.º).

Podrán solicitar la adopción de una de las modalidades de recuperación económica tanto la empresa insolvente, como cualquier acreedor así como también el Ministerio Público (arts. 5.º y 8.º).

La ley establece dentro de su Título Primero: «Disposiciones introductorias comunes», el proceso que va desde la solicitud de adopción de las modalidades de recuperación o declaración de quiebra hasta la respectiva declaración judicial (arts. 15 a 25).

A continuación haremos una breve referencia a la forma en que se regulan estos institutos reorganizativos aprovechando algo que, aunque no constituye una muestra de buena técnica jurídica, en este caso nos ayuda en la exposición, y es que esta ley se caracteriza por brindar los conceptos de cada una de las modalidades reguladas.

### 2.3.2. El convenio.

Se define como convenio el medio de recuperación de la empresa insolvente que consiste en simples reducciones o modificaciones de la totalidad o parte de las deudas, pudiendo la modificación limitarse a una simple moratoria (art. 66). Establece la ley que, a falta de estipulación en contra, el convenio queda subordinado a la cláusula «salvo que viniere a mejor fortuna» que produce efectos durante 10 años y que significa que la empresa queda obligada, cuando mejore de situación económica, a pagar proporcionalmente a los acreedores participantes en el convenio, sin perjuicio de los nuevos acreedores, que tienen preferencia sobre aquéllos. En virtud de los convenios sometidos a esta cláusula, cualquiera de los acreedores participantes en el convenio puede, durante la vigencia de la cláusula, solicitar el pago del valor íntegro de las deudas que hayan sido rebajadas del convenio, alegando fundamentalmente que el deudor dispone de bienes suficientes al efecto (art. 67).

Durante la ejecución del convenio, los administradores de la empresa podrán conservar sus anteriores facultades o pueden ser condicionados en el ejercicio de éstas de acuerdo con los términos de la modalidad aprobada. Asimismo, el convenio puede ser controlado por parte de la comisión de acreedores o de alguno de ellos, conforme a la decisión adoptada (art. 68).

Según dispone el artículo 75 cuando las obligaciones nacidas del convenio no fueren íntegramente cumplidas no es posible solicitar un nuevo proceso de recuperación de la empresa, a no ser en los casos de los acreedores de créditos posteriores a la aprobación del convenio, los cuales sí podrán solicitar la apertura de un nuevo proceso de recuperación y aprobar en él un nuevo convenio, sin perjuicio del anterior.

Es por ello que se establece que el convenio termina con la homologación de un nuevo convenio o con la declaración de quiebra del deudor y que, en cualquiera de los dos casos, la empresa no puede ser objeto de otro convenio (art. 74).

Por su parte, el acuerdo de acreedores como medio de recuperación de la empresa insolvente, consiste en la constitución de una o más sociedades destinadas a la explotación de uno o más establecimientos de la empresa deudora, lo que presupone, por un lado, que los acreedores o alguno de ellos estén dispuestos a asumir tal responsabilidad y por otro lado, que se extinga la persona jurídica titular de la empresa insolvente y se constituya una nueva sociedad con la participación de los acreedores que suscriban el acuerdo, así como de otros acreedores u otras personas que se unan al proyecto previa aprobación de la Junta (arts. 78 y 80). El activo de la nueva sociedad se integra por las participaciones sociales de los acreedores, representadas parcial o totalmente por el valor correspondiente a sus créditos, deducidas las responsabilidades relativas a los créditos de quienes no suscriben el acuerdo y de quienes no se adhieren.

Resulta necesario señalar que es obligación fundamental de la nueva sociedad satisfacer a los acreedores ordinarios no aceptantes, el porcentaje de sus créditos fijado en el acuerdo en el plazo máximo de siete años. El incumplimiento de esta obligación da lugar a la declaración de quiebra de la sociedad (art. 82).

### 2.3.3. Reestructuración financiera.

En cuanto a la denominada reestructuración financiera, medio también para la recuperación de la empresa insolvente, consiste en la adopción por los acreedores de medidas destinadas a modificar la situación del pasivo tales como la reducción del valor de los créditos, el condicionamiento del reembolso de los créditos a las posibilidades del deudor, la dación en pago de los bienes de la empresa para la extinción total o parcial de sus deudas y la cesión de bienes a los acreedores o de medidas destinadas a modificar su capital como son el aumento del capital, la conversión de créditos en participaciones en el aumento del capital o la reducción del capital. Estas medidas tienen por objeto asegurar la superioridad del activo frente al pasivo y la existencia de un fondo disponible positivo y deben ser demostradas desde el punto de vista contable (arts. 87 y 88).

Respecto de esta modalidad de recuperación de la empresa insolvente coincidimos con PULGAR en el sentido de que no se trata de algo nuevo, puesto que las medidas que integran esta reestructuración financiera bien pueden ser adoptadas en los marcos del convenio o de la gestión controlada (47).

---

(47) PULGAR, J. *Textos de Derecho Concursal europeo*. Op. cit. pág. 222.

#### 2.3.4. La gestión controlada.

La última de las modalidades que encontramos en la ley que venimos reseñando es la gestión controlada que se apoya en un plan de actuación global concertado entre los acreedores ejecutado a través de una nueva administración, con un régimen propio de control (art. 97).

El plan debe ser aprobado por la Junta de acreedores y homologado por decisión judicial, en él se deben establecer las líneas generales de la administración de la empresa, los objetivos concretos que se pretenden alcanzar, los medios propuestos para su consecución, el plazo de duración y cuantas medidas de naturaleza jurídica, financiera, comercial, administrativa o de otro tipo resulten necesarias para su ejecución. Algunas de estas medidas son las contenidas en el artículo 88 al cual nos referimos al tratar la reestructuración financiera (art. 98 y 99).

El signo característico de la gestión controlada lo constituye la designación de una nueva administración encargada de ejecutar el plan, la cual es designada por los acreedores y se prolongará durante el tiempo que dure la gestión controlada. También podrá determinarse por el plan que la administración de la empresa deudora se entregue a una organización especializada mediante contrato de gestión. En todo caso, los nuevos administradores gozan de todos los poderes necesarios para la completa ejecución del plan, lo que incluye actos de disposición sobre los bienes (art. 104).

Durante el período de ejecución de la gestión controlada se suspende el funcionamiento de los órganos sociales y corresponderá a una comisión de control designada por la Junta de acreedores, velar por la ejecución del plan y ejercer las funciones que corresponden a los órganos de control de las sociedades (arts. 105 y 106).

La gestión controlada termina cuando finaliza el plazo fijado, en cuyo caso la empresa retorna a su actividad normal. También es posible que el Juez pueda decidir la terminación anticipada cuando se hayan frustrado sustancial e irreversiblemente los objetivos del plan, lo que equivale al reconocimiento del incumplimiento de las obligaciones asumidas por la empresa y puede ser invocada como causa de vencimiento anticipado de las obligaciones todavía no exigibles (arts. 115 y 116).

Un elemento importante que encontramos en esta ley y que no aparece en las anteriormente tratadas es el relativo a los beneficios fiscales otorgados a las empresas que se encuentran en alguna de las modalidades de recuperación que hemos visto. Se les exime del pago de derechos registrales y notariales, lo que no incluye los honorarios personales de notarios y registradores; se les otorgan beneficios relativos a los impuestos sobre el rendimiento de las personas físicas y jurídicas; beneficios en relación al timbre y al impuesto municipal de la sisa (arts. 118, 119, 120 y 121).

## 2.4. Derecho alemán.

### 2.4.1. Finalidad. Presupuestos.

1. En el texto de la Ordenanza alemana [*Insolvenzordnung* (InsO)] de 5 de octubre de 1994, que entrará en vigor según lo establecido en el artículo 110 el 1 de enero de 1999, a no ser que disponga otra cosa en contrario, se establece que esta disposición legal tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente especialmente dirigida a la conservación de la empresa.

Como se aprecia, la finalidad de la ley es la satisfacción de los acreedores, la cual se puede alcanzar por dos vías, una de las cuales es la conservación de la empresa.

2. Presupuestos: el procedimiento se abre sólo a través de instancia de parte legitimada para la solicitud del procedimiento de insolvencia. El presupuesto de apertura es la insolvencia, el deudor es insolvente cuando no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles. La insolvencia se supone como regla cuando el deudor ha cesado en los pagos (art. 17). Así en el artículo 18 se establece la amenaza de insolvencia y en el artículo 19 el sobreendeudamiento (48).

### 2.4.2. Administrador.

Hemos de destacar de esta legislación la regulación casuística y detallada de esta figura (arts. 56 a 66), siendo importante la función de vigilancia de la insolvencia atribuida por el juzgado (art. 58) al administrador. El juzgado puede requerir al administrador, en cualquier momento, información específica o una memoria sobre el estado de las cosas y la marcha de los negocios. Asimismo deberá el administrador rendir cuentas de su gestión (art. 66).

Si el administrador no cumpliera sus obligaciones, el juzgado puede determinar, previa conminación, una sanción pecuniaria contra él. Por supuesto, la ley prevé una remuneración para su trabajo (art. 63). Esta figura del administrador que será reglamentada por Decreto (art. 65), adquiere

---

(48) Sobre el particular el artículo 18 establece que:

- I. Si la demanda de apertura del procedimiento de insolvencia se efectúa por el deudor, la amenaza de insolvencia es también presupuesto de apertura.
- II. El deudor se encuentra en situación de amenaza de insolvencia cuando es previsible que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento (exigibilidad).

Artículo 19. II. El sobreendeudamiento (endeudamiento excesivo) existe cuando el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones contraídas. No obstante, para la valoración del patrimonio del deudor se toma como base la continuación de la empresa cuando de conformidad con la mayor parte de las circunstancias concurrentes la misma sea verosímil.

gran importancia al ser la persona que según el artículo 218 de la InsO presenta el plan de insolvencia ante el juzgado, junto con la posibilidad de que también lo presente el deudor. Según el artículo 218.III para la elaboración del plan cooperan consultivamente con el administrador la comisión de acreedores, si la misma está constituida, o comité de empresa, la comisión portavoz de los empleados, directivos y deudor.

#### 2.4.3. Plan de insolvencia.

Será el Título VI de la InsO el que disponga sobre la elaboración del plan de insolvencia como medio de continuidad de la empresa en situación de insolvencia. Según el artículo 219 el plan de insolvencia está integrado por una parte descriptiva y por una parte organizativa (49).

Dentro de las fases de elaboración del plan es importante señalar los artículos 229 y 230 donde se viene a establecer el plan financiero y de resultado así como otros suplementos a ellos. Se señala en el artículo 229 que si los acreedores deben satisfacerse con los productos de la empresa continuada por el deudor o por un tercero, debe añadirse al plan de insolvencia un inventario del patrimonio en el que se mencionen los bienes y las obligaciones con su valor, confrontado con el que tuviesen a la entrada en vigor del plan.

El plan puede ser rechazado y establecerse informes al respecto para luego pasar a su discusión y votación. A partir del artículo 254 se establece la eficacia del plan aprobado y en el artículo 260 la vigilancia de su cumplimiento. En este conjunto de preceptos se indican las medidas que deben tomarse respecto a la modificación, transmisión, constitución de derechos sobre bienes, y otros, como los derechos de los acreedores de la insolvencia contra los deudores solidarios, etc. Es a partir del artículo 261 y ss. de la InsO donde se establecen las funciones y competencias del administrador de la insolvencia referidos en este caso particular al plan de continuación de la empresa. En el artículo 261 se dispone que la vigilancia es competencia del administrador de la insolvencia. En su apartado II, se indica que mientras dure la vigilancia el administrador debe informar anualmente a la comisión de acreedores, y al juzgado de las perspectivas futuras de cumplimiento del plan de insolvencia. Los costes de la vigilancia según el artículo 266 los soporta el deudor.

---

(49) Se señala en el artículo 220.

- I. En la parte descriptiva del plan de insolvencia se explica qué medidas se han adoptado tras la apertura del procedimiento de insolvencia o deben ser adoptadas para procurar los principios exigidos para la planeada configuración de los derechos de los interesados.
- II. La parte descriptiva debe comprender todas las demás menciones relativas a la fundamentación y repercusión del plan que sean importantes para la decisión de los acreedores sobre su aceptación y para su aprobación judicial.

Artículo 221. En la parte organizativa del plan de insolvencia se determina cómo debe modificarse por el plan la situación jurídica de los interesados.

La InsO también establece como posibilidad de administración la del propio deudor, según artículo 270, pero siempre bajo la vigilancia de un síndico cuando el juzgado de la insolvencia así lo disponga. Y se regula así de manera sistemática cómo afecta esta administración a los negocios necesitados de autorización (art. 263), toma de créditos (art. 264), subordinación de nuevos acreedores (art. 265), etc.

En verdad, opinamos que el modelo alemán es una pieza del sistema ofrecido por el Derecho concursal comparado que bien sirve como referencia a nuestra futura reforma del Derecho concursal.

## 2.5. Derecho argentino.

### 2.5.1. Finalidad. Presupuestos.

Creemos conveniente reseñar en este análisis la Ley número 24.522, Ley de Concursos y Quiebras (Decreto n.º 267/95) de 7 de agosto de 1995, de Argentina, por su carácter reciente y novedoso.

1. Se señala en el Considerando final de esta ley que «se introducen en la misma modificaciones trascendentales de gran relevancia para las políticas de reestructuración y salvataje de empresas en dificultades y la renegociación de sus convenios colectivos de trabajo, como así también para la transferencia a nuevos empresarios de las plantas fabriles en liquidación, con el impacto consiguiente en las políticas de producción y empleo».

2. Presupuestos: la apertura del procedimiento de quiebra se realiza en el estado de cesación de pagos, según el artículo 1.º de esta ley, cualquiera que sea su causa y naturaleza de las obligaciones a las que afecta. La cesación se manifiesta por una serie de hechos reveladores establecidos de forma expresa en los artículos 78 y 79 (50).

El medio que posibilita la continuación de la actividad viene establecido por el concurso preventivo tal y como se regula en los artículos 5.º a 76 de esta ley. Este concurso puede solicitarse tanto por el deudor como por los acreedores (art. 5.º).

(50) *Vid.* en este sentido artículo 79. **Hechos Reveladores.** Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros:

1. Reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo efectuado por el deudor.
2. Mora en el cumplimiento de una obligación.
3. Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones.
4. Clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad.
5. Venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago.
6. Revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores.
7. Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos.

### 2.5.2. Administrador (síndico).

Una vez abierto el procedimiento, la administración puede ser realizada, por un lado, por el deudor-concurrido al conservar la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico (art. 15). Por otro lado, por el síndico, figura de notable importancia en esta ley (arts. 39 y 40) (51), ya que de su informe dependerá el posterior desarrollo del régimen de acuerdo preventivo y continuación de la empresa.

También durante el procedimiento de quiebra según el artículo 179, el síndico debe adoptar y realizar las medidas necesarias para la conservación y administración de los bienes a su cargo. La función más relevante del síndico es posibilitar la continuación de la explotación de la empresa, artículos 189 a 195 (52).

La ley argentina establece la regulación de los funcionarios y empleados de los concursos, materia de especial importancia dirigida a los prácticos de este Derecho, artículos 251 a 272. Entre estos preceptos se establece la posibilidad de contratación de asesores profesionales, tales como abogados, contadores, auditores, evaluadores, estimadores, tasadores y cualquier otro que considere conveniente, para que asistan al síndico. También se establece la remuneración de estos profesionales, incluso en los supuestos de continuación de la empresa (arts. 269 y 270) (53).

### 2.5.3. Acuerdo preventivo extrajudicial.

Especial interés merece esta figura reflejada en los artículos 69 a 76 de la ley argentina, cuyo presupuesto viene dado, según el artículo 69, cuando el deudor se encuentre en cesación de pagos o tuviese dificultades económicas o financieras de carácter general, en este caso puede celebrar un

---

(51) Sobre el mismo, véase, artículo 39. Treinta (30) días después de presentado el informe individual de los créditos, el síndico debe presentar un informe general, el que contiene:

1. El análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor.
2. La composición detallada del activo y de pasivo, debiendo estimarse los valores probables de realización de cada rubro del primero;
3. Enumeración de los libros de contabilidad, con dictamen sobre la regularidad, las deficiencias que se hubieran observado, y el cumplimiento de los artículos 43, 44 y 51 del Código de comercio.
4. La referencia sobre las inscripciones del deudor en los registros correspondientes (...);
5. La expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos, precisando hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen (...).

(52) *Cfr.*, artículo 189. **Continuación Inmediata.** El síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos sólo excepcionalmente si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio. Debe ponerlo en conocimiento del Juez dentro de las veinticuatro (24) horas. El Juez puede adoptar las medidas que estime pertinentes, incluso la cesación de la explotación, con reserva de lo expuesto en los párrafos siguientes (referidos a las empresas que prestan servicios públicos).

(53) En este sentido, artículo 269. **Continuación de la Empresa.** En los casos de continuación de la empresa, además de los honorarios que pueden corresponder según los artículos precedentes, se regulan en total para síndico y coadministrador, hasta el 10 por 100 (10%) del resultado neto obtenido de esa explotación, no pudiendo computarse el precio de venta de los bienes del inventario (art. 270, se establecen otras alternativas).

acuerdo con todos o parte de sus acreedores y someterlo a homologación judicial. Los acreedores que no suscriben el acuerdo conservan sus acciones individuales y no están sometidos a los efectos del acuerdo. Se da también la posibilidad de establecer un acuerdo extrajudicial con libertad de contenido según el artículo 71.

Si bien la sistemática no es la más adecuada, esta legislación nos ofrece puntos de referencia importantes entre los que merece la pena señalar la remuneración de las figuras intervinientes en el procedimiento concursal que pudieran servirnos de guía en nuestra reforma.

#### IV. EL CONVENIO COMO MEDIO PARA SOLUCIONAR LAS DIFICULTADES ECONÓMICAS DE LA EMPRESA.

Debemos considerar en nuestro análisis esta figura puesto que como se señala en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal que ha salido a la luz pública en febrero de 1996, en su Exposición de Motivos se expresa que a pesar de ser la satisfacción de los acreedores la finalidad primordial de los institutos concursales, al mismo tiempo se ofrece la posibilidad de llegar a los oportunos convenios de continuación, adoptados con las debidas garantías, cualquiera que haya sido la conducta del deudor, ello se contempla en los artículos 152 a 181 de la Propuesta.

1. Antecedentes. Desde tiempo inmemorial se viene admitiendo la posibilidad de poner fin al procedimiento de quiebra mediante el llamado concordato o convenio entre el quebrado y los acreedores, con lo que «se arbitra para la quiebra un remedio similar al de la transacción respecto a los procesos singulares» (54).

El origen parece encontrarse en el desarrollo de dos teorías de diferentes procedencias: por una parte, la tesis italiana desarrollada en el Derecho estatutario italiano de la Edad Media, y por otro lado, la tesis de origen español, con base en la obra de SALGADO de SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorum comunem inter illo causatam*, aprobada por la censura en Valladolid en 1646 y considerada el primer tratado sistemático del concurso (55).

---

(54) RAMÍREZ, J.A. *Derecho Concursal*. T. II. *Op. cit.* pág. 11. «Ya en la pragmática de 18 de julio de 1590, recogida luego en la Ley 7.<sup>a</sup> Título 19, Libro V, de la Nueva Recopilación, se regulaba una especie de convenio entre el quebrado y sus acreedores. Desde luego, en la Ordenanzas de Bilbao se reguló la institución del convenio. Y de dichas Ordenanzas pasó la regulación al Título X, Libro 4, del Código de Comercio de 1829, antecedente inmediato del hoy vigente». *Vid.*, en este sentido, RUBIO LÓPEZ, J. *Novísimo Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Calleja, López y Rivadeneyra, 1857, pág. 280.

(55) CANDIAN, Aurelio. *Il processo di Concordato Preventivo*. Padova: Cedam, 1937, pág. 14-21.

En ambas teorías se contempla la posibilidad de que la liquidación pudiera ser sustituida por un arreglo negociado dentro del propio procedimiento concursal, entre el deudor y sus acreedores, actuando éstos en forma colegiada. Tal es el llamado convenio de masa o de mayoría dentro de la quiebra, conocido ya en las fuentes estatutarias medievales, ampliamente difundido bajo el imperio de la Ordenanza francesa de 1673 y expresamente regulado en nuestras Ordenanzas de Bilbao de 1737 (núms. 19 y 20 del Cap. XVII), donde se admitía, en términos muy amplios, la posibilidad de un ajuste entre el deudor y la mayoría de sus acreedores sobre la base de una concesión de quita o espera que les permitía obtener una satisfacción mayor que la que habrían de lograr a través de la liquidación. Lo cierto es que el convenio, como solución alternativa a la liquidación forzosa, ha sido acogido siempre favorablemente en todos los ordenamientos, sin perjuicio de las lógicas cautelas adoptadas por la desconfianza que rodeaba a la persona del quebrado (56). En la Exposición de Motivos de nuestro C. de c. de 1885 se contempla la gran utilidad del convenio referido a una manera eficaz de evitar la liquidación del patrimonio (57).

2. Naturaleza jurídica. La naturaleza jurídica del convenio viene establecida por la jurisprudencia. Entre las sentencias cabe citar la de 25 de noviembre de 1913, ratificada por otra de 15 de febrero de 1962, que señala que en tanto subsista este contrato transaccional los contratantes están sujetos a lo pactado en todo su contenido y extensión. En la Sentencia de 30 de mayo de 1959, el convenio se reputa como negocio jurídico *sui generis*, transacción, toda vez que los contrapuestos intereses se sacrifican recíprocamente al convenirse un módulo o esquema de medidas aceptadas y consensuadas, para pacificar precisamente aquella tensión derivada de una imposibilidad patrimonial de realización de la masa acreedora (58).

- (56) GONDRA ROMERO, J.M.<sup>a</sup> *Op. cit.* págs. 156-158, «de este modo, por este convenio dentro del procedimiento concursal comienza a apuntar esa moderna dimensión *sanatoria* del Derecho concursal, a la que alude el Anteproyecto en su Exposición de motivos (...) pero no puede perderse de vista en todo caso que esta función *sanatoria* del convenio es siempre *refleja e instrumental* respecto de su auténtica finalidad *solutoria*, es decir, ordenada a dar satisfacción a los acreedores por una vía distinta y para ellos, normalmente, más favorable que la costosa liquidación, a través de la cual se hace posible el mantenimiento de la empresa del deudor, a cuyo salvamento contribuyen en primer lugar los propios acreedores al aceptar un recorte sustancial de sus derechos que va a permitir remover la insolvencia del deudor y paralizar la liquidación».
- (57) Se señala en la Exposición de Motivos del C. de c. de 1885 que «atendida la gran utilidad que reportan al quebrado y a sus acreedores los convenios equitativos y justos que ponen término a los procedimientos, siempre costosos y complicados del juicio de quiebra, el Proyecto ha dictado varias reglas para facilitar la celebración de los mismos en las quiebras de las Compañías Anónimas».
- (58) SASTRE PAPIOL, S. «La Rescisión por lesión y su ejercicio en supuestos de cesión de bienes efectuada en un convenio concursal». Valencia: *RGD*, 1990. N.º s. 533-34, octubre-noviembre, págs. 7.710-7.711. En este contexto, existe reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1929 y 3 de julio de 1933, ha considerado que el evitar la quiebra favorece también a todos los acreedores «por el demérito, la decepción y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras, dándose con este beneficio una última oportunidad al deudor, que evitará la quiebra si cumple el convenio que le impondrán los acreedores. También en las sentencias de 29 de diciembre de 1927, 3 de julio de 1933 y 5 de julio de 1985, se nos indica que la suspensión de pagos goza de prioridad frente a la quiebra como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras». También, JAEGER, N. *Il Fallimento e la altre forme di tutela giurisdizionale*. *Op. cit.* pág. 230, «la doctrina está dividida en dos corrientes, la una decididamente a favor de la concepción contractualista, la otra tendente a subrayar el poder asignado por la ley al Tribunal, competente para homologar el convenio después de un examen de su clausulado, confiriéndole al mismo una eficacia, que de otro modo no se podría».

El convenio se conceptualiza como cualquier acuerdo entre el deudor común y sus acreedores en torno a sus respectivas relaciones de crédito y de débito, que tienen por objeto o por efecto evitar la quiebra o hacerla cesar si ya hubiera sido declarada (59).

Es por ello el convenio el negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y los acreedores, y sancionado por la autoridad judicial, supliendo la aprobación judicial la falta de consenso entre ausentes y disidentes (60).

3. Tipología y contenido. Pueden clasificarse en dos grandes grupos de convenios o concordatos:

- A. Los convenios anteriores a la declaración de quiebra, y que tratan de evitarla a través de los concordatos preventivos, que a su vez pueden ser:
  - Extrajudiciales, amigables o amistosos.
  - Judiciales, de masa o de mayoría.
- B. Y los convenios posteriores a la declaración de quiebra, cuya finalidad es poner fin a ésta de modo distinto a la liquidación concursal: concordatos resolutivos o de quiebra, que siempre serán judiciales, de masa y de mayoría.

El contenido de ambos grupos de convenios o concordatos suele consistir en una remisión parcial de las deudas (quita) o en aplazamientos en el pago (espera), o en ambas cosas a la vez.

Respecto al convenio preventivo, no sólo busca el cumplimiento de las deudas del deudor, sino también la formación de un núcleo de bienes dedicados exclusivamente a la satisfacción de los acreedores concursales; a tal efecto, se delimitará la masa de bienes sobre la cual se va a tratar, deliberando sobre la compensación, -si ha lugar-, los contratos bilaterales en uso y su ejecución, las acciones de separación en el concordato, las acciones revocatorias durante el proceso de concordato, etc. (61).

---

(59) BONELLI, G. *Del Fallimento*. 3 volúmenes. Milán, 1923. Actualizada por ANDRIOLI. Milán: F. Vallardi, 1938. RAMÍREZ, J.A. *Derecho Concursal español*. *Op. cit.* págs. 661-663. T. III, «el legislador del vigente código de comercio, en la *Exposición de Motivos* del mismo, hizo saber que, atendida la gran utilidad que reportan al quebrado y a sus acreedores los convenios equitativos y justos que ponen término a los procedimientos siempre costosos y complicados, del juicio de quiebra, ha dictado varias reglas para *facilitar la celebración de los mismos en la quiebras de las compañías anónimas*». *Cfr.*, también BLANQUER UBEROS, R. «La Disolución, la liquidación y la extinción de la sociedad». *RDJ*, 1990, pág. 460, «el convenio que tenga por objeto la continuación de la empresa social ciertamente paraliza el proceso de quiebra. No así el que tenga por objeto el traspaso de la empresa social».

(60) PAJARDO GARCÍA, Gemma. «La crisis de la empresa en el Derecho español: medidas alternativas a la quiebra». *Dir. Fall.* N.º 4, agosto-septiembre, 1994, pág. 693.

(61) CANDIAN, Aurelio. *Il processo di Concordato Preventivo*. Padova: Cedam, 1937, págs. 14-21.

La finalidad de los convenios se traduce:

- A. En una cesión de bienes en beneficio de sus acreedores.
- B. Un compromiso por el cual se paga una porción y con ello se satisfacen los acreedores.
- C. Un acuerdo que confiere al deudor o a los terceros, el poder continuar o liquidar los negocios del deudor.

La venta en bloque del activo o la cesión general de los bienes en beneficio de los acreedores son medidas rápidas que permiten obtener un precio más aventajado que una venta derivada de la liquidación (62).

4. La legislación. En el Derecho comparado, en concreto en Italia se utiliza el *concordato preventivo*, el cual supone siempre una declaración judicial que suspende todos los actos ejecutivos y crea entre los acreedores un estado de comunión para la tutela colectiva de sus derechos sobre la base de la igualdad. Esta figura tiene como finalidad ofrecer al deudor honesto y desafortunado el medio para evitar la inexorable destrucción de su empresa (63). También en el reciente Derecho argentino, Ley número 24.522, sobre *Concursos y Quiebras*, a través del convenio que soluciona el concurso preventivo se refleja la continuidad de la empresa en situación de crisis económica (64).

---

(62) MALHERBE, Jacques. «L'administration contrôlée des entreprises». *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*. Bruxelles, 1969, págs. 60 y 80.

(63) BONSIGNORI, A. *Diritto Fallimentare*. Torino: UTET, 1992, pág. 435. *Cfr.*, en este sentido JAEGER, N. *Il Fallimento e la altre forme di tutela giurisdizionale*. Milano: Vallardi, 1964, pág. 250, «en el Derecho italiano encontramos el *concordato preventivo*. El concepto inspirador del instituto era aquel de ofrecer al deudor honesto y desafortunado el medio para evitar la inexorable destrucción de su empresa, por su misma vitalidad con daño a la economía general. Llegando a ser un medio para el deudor de superar la quiebra y obtener su liberación a través de la cesión de sus bienes a los acreedores, porque la cesión de bienes, a menudo, es el único medio para conservar la empresa, con el cambio de su titular. Con la cesión de bienes se esperan buenos frutos, sobre todo en el sentido de eliminar alguna forma extrajudicial de arreglo que se resuelve en una desigualdad entre los acreedores, y a menudo en un desastre para el mismo deudor, que pese a su sacrificio no encuentra su liberación».

(64) Decreto número 267/95, promulgada el 7 de agosto de 1995. Artículo 43. «Período de Exclusividad, Propuestas de acuerdo: el deudor gozará de un período de exclusividad para formular propuestas de acuerdo preventivo por categorías a sus acreedores y obtener de éstos la conformidad según el régimen previsto en el artículo 45. Las propuestas pueden consistir en quita, espera o ambas;... reorganización de la sociedad deudora; capitalización de crédito, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada, o en cualquier otro acuerdo que se obtenga con conformidad suficiente dentro de cada categoría». Habrá de ponerse en relación con el artículo 53 «referido a las medidas de ejecución del acuerdo como solución al concurso preventivo. Medidas que pueden ir desde la reorganización de la sociedad deudora o en la constitución de sociedad con los acreedores, o con algunos de ellos, el Juez debe disponer las medidas conducentes a su formalización y fijar plazo para su ejecución, salvo lo dispuesto en el acuerdo».

Muchos de los problemas que plantea esta institución han tenido que resolverse por la vía doctrinal y jurisprudencial, debido a que el *concordato preventivo*, plantea arduas complicaciones, tanto por la falta de una normativa específica, como por la propia naturaleza de la institución difícilmente conciliable con los principios civiles rectores en materia contractual.

Somos de la opinión que no se puede mantener la idea del convenio preventivo, como si fuera un beneficio exclusivo para el deudor, ignorando a los acreedores, y en especial el interés social. En este sentido, debe significarse que todo orden jurídico refleja ciertas relaciones económicas y sociales que encierran el juego de los intereses privados, públicos, individuales y colectivos, por lo que resulta insuficiente medir sus efectos jurídicos con los criterios establecidos por el orden contractual clásico.

En nuestro Derecho vigente, el convenio aparece en la suspensión de pagos y pretende sobre todo proteger el principio de conservación de la empresa y sólo en segundo lugar proteger al deudor (65). Compartimos la opinión de la doctrina que la conservación de la empresa desde la perspectiva de la suspensión de pagos supone evitar la desintegración como efecto de las ejecuciones aisladas, lo cual puede lograrse reuniendo a todos los acreedores en una organización de defensa que pueda convenir con el empresario deudor el cumplimiento de sus deudas por medio distinto de la ejecución concluyendo de esta forma el procedimiento.

En cualquier caso, en nuestro Anteproyecto de 1983 se persigue una solución a la situación de crisis económica a través de un convenio, fomentando esta solución sobre otras, al reconocer los principios de libertad de propuesta y de libertad de contenido y solamente en aquellos casos donde el convenio no puede lograrse o fracasa, se abre la liquidación (66).

De todas las maneras somos de la opinión que los acuerdos entre los acreedores, proveedores y empresas en dificultades permiten, a menudo, con discreción y éxito, enderezar o liquidar una empresa en dificultad evitando cualquier intervención estatal. Derivado de ello es que la

---

(65) VICENT CHULIÁ, Fco. «En Vísperas de la Reforma...». *Op. cit.* pág. 986.

(66) GONDRA ROMERO, J.M.<sup>a</sup> «Funcionalidad del sistema concursal». *Op. cit.*, págs. 148-149, «y hacia ese mismo fin conservativo del patrimonio (empresarial) del deudor se dirige la prioridad absoluta otorgada en el Anteproyecto a la solución concursal negociada, es decir, a la institución del convenio de mayoría al que se libera de aquellos condicionamientos subjetivos y objetivos a los que tradicionalmente se sujetaba este instituto (...) el convenio entre el deudor y los acreedores constituye en el sistema del Anteproyecto la solución concursal prioritaria». Sin embargo, nótese que se presentan fallos en el Anteproyecto de 1983, en este sentido referir lo que señala RÍOS SÁNCHEZ, M. de los «La Tramitación del Convenio de quiebra de las SA». *Derc. de los Negocs.* N.º 57, 1995, pág. 5; artículo 212 del ALC: «el convenio entre el concursado y sus acreedores deberá ser concluido en Junta, a no ser que el Juez ordene tramitación escrita». Enfatizan su preferencia por el tradicional procedimiento oral. Es contradictorio con el precepto precedente (211), pues se prima el convenio como forma habitual de finalización del procedimiento del concurso, pero no se flexibiliza al máximo su tramitación.

Propuesta de Anteproyecto presentada en 1995 incentive el convenio, acuerdo entre acreedores y deudor, como una solución de posible continuación de la empresa (Título VII de la Propuesta de Anteproyecto de 1995).

## V. RECAPITULACIÓN CRÍTICA

Partimos del criterio de que el mejor Derecho de las empresas en crisis será aquel que permita prevenir y evitar la crisis de la empresa.

- I. La solución tradicional al problema de la crisis de la empresa en el Derecho español ha sido el Derecho concursal. Este Derecho es inadecuado a las circunstancias históricas al mismo tiempo que está disperso y fragmentado en multitud de disposiciones no siempre coherentes. Junto a esto, su configuración es anticuada, lo cual hace que estemos ante un deficiente funcionamiento de las normas existentes y que los agentes afectados, de manera reiterada, se hayan pronunciado sobre su necesaria y urgente reforma. Hoy estamos viviendo de prestado de un antiguo sistema de tratamiento de la crisis económica de la empresa que, como mucho, nos sirve para entender el presente, pero nos aportan poco para construir la futura regulación en materia concursal. La legislación actual está anclada en valores de pasado y, por lo tanto, tiene una baja capacidad explicativa para el futuro.
  
- II. Al abordar el deterioro de la situación financiera de la empresa ha resultado necesario distinguir dos fases:
  - a) La empresa en dificultades económicas, y
  
  - b) La empresa en crisis.

Esta distinción tiene como causa el hecho de que las soluciones son diferentes en cada uno de estos momentos. Somos del criterio de que la legislación debe hacer énfasis en los mecanismos que resuelven los problemas en la primera fase, ya que si se llega a la situación de crisis serían mucho más drásticas y menos beneficiosas socialmente las soluciones a adoptar.

- III. Existen dos soluciones alternativas para las empresas que se encuentran en crisis económica: una de ellas las que se derivan del Derecho público, y la otra las que nos ofrece el Derecho privado. Consideramos que estas últimas resultan las más efectivas si tenemos en cuenta la experiencia histórica.
- IV. Resulta importante la sistematización y la divulgación de las diversas soluciones que ofrece el Derecho privado para sortear las dificultades económicas de la empresa con la finalidad de que su conocimiento se convierta en un instrumento de trabajo para las empresas.
- V. Respecto al Derecho comparado encontramos que:
- 1.º El elemento más positivo que podemos extraer en relación al tema que analizamos, es a nuestro juicio la regulación de carácter preventivo de la crisis.
  - 2.º La noción de insolvencia o dificultades económicas de la empresa resulta poco precisa.
  - 3.º En particular en algunas legislaciones encontramos cuestiones interesantes como son:
    - a) El incentivo fiscal al instituto reorganizativo (Derecho portugués);
    - b) El establecimiento de una remuneración a los administradores de la empresa en crisis (Derecho argentino);
    - c) Y la regulación del plan de insolvencia (Derecho alemán).
- VI. La salida de la crisis económica de la empresa se encuentra en lo fundamental en la libertad de actuación de ésta en el mercado. La intervención estatal debe reducirse a establecer un buen marco regulador de la crisis. Los esfuerzos y energías que se malgastan en ese mantenimiento de estructuras obsoletas tendrá un alto coste económico y social. Al tratar en nuestro análisis sobre la administración de la empresa en dificultades hemos reseñado los mecanismos que permitan su supervivencia, y su continuidad pero insistimos en que debe ser la viabilidad económica el criterio para esta continuidad, aun cuando sea difícil determinar qué órganos, cuándo y cómo deben pronunciarse sobre estos criterios de viabilidad.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL. Ministerio de Justicia. Madrid: Secretaría General Técnica, 1983.
- BELTRÁN, E. «Algunas consideraciones sobre la disolución de la agrupación de interés económico». Valencia: *Revista General de Derecho*. Núms. 577-78, octubre-noviembre, 1992. 10.111-10.127 págs.
- BONELLI, Gustavo. *Del Fallimento*. 3 vols. Milano: Vallardi, 1923.
- BOY et alii. «Droit des faillites et restructuration du capital». *Presses Universitaires de Grenoble*, 1982, pág. 214 y ss.
- CARRILLO FRANCO, H. Agustín. *Prevención de la Quiebra y Reorganización de sociedades. La Reorganización concursal del Derecho Norteamericano*. Tesis doctoral. Valladolid, 1990.
- CARVALHO FERNANDES, L.A.; LABARED, J. *Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência anotado*. 2.ª ed. Lisboa: Quid Juris, 1995.
- CAUDE, R. «Organización general y estructura de la Empresa». *Enciclopedia de la empresa moderna*. Edit. Deusto, Bilbao, 1978, pág. 128 y ss.

La gestión se halla próxima de la «administración» conjunto de actividades rutinarias relativas al funcionamiento de una colectividad humana... «si administrar consiste en preocuparse de las personas, de los materiales, de las instalaciones, de las compras y de las ventas, llevar la gestión es preocuparse de estas mismas actividades desde el ángulo de la rentabilidad económica».

La gestión se hace previsional, permite informar y formar a los ejecutivos, rectificar los objetivos con conocimiento de causa y constituye por este motivo un instrumento de primer orden para dar luz a la dirección.

- CÓDIGO DOS PROCESSOS ESPECIAIS DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA E DE FALÊNCIA. Decreto-Ley n.º 132/93, de 23 de abril. Lisboa: Casa da Moeda, 1993. 111 págs.
- CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO. *Textos de Derecho Concursal europeo*. Madrid: Consejo general de los colegios oficiales de corredores de comercio -Dykinson-, 1993. 323 págs.

- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE ECONOMÍA. Barcelona: Planeta, 1980. ADMINISTRACIÓN como conjunto de actos ejecutados sobre un patrimonio con la finalidad de conservarlo o explotarlo según su naturaleza. Desde un punto de vista económico, el vocablo administración admite distintas interpretaciones. Una interpretación funcional remite la significación del término al propio acto de gestión patrimonial definido como acción o efecto de administrar.

Gestión: función empresarial básica tendente a la utilización más eficaz posible, mediante la adecuada ejecución de un conjunto racional de reglas y procedimientos, de los recursos existentes, para alcanzar, a un nivel máximo, los objetivos perseguidos. Los principios en los que se ha de basar esta función pueden ser:

- a) Coherencia de la acción;
  - b) Principio de cambio adaptativo;
  - c) Principio de confianza en el hombre;
  - d) Principio de juicio por los resultados;
  - e) Principio de rentabilidad, economicidad y productividad.
- 
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma». Madrid: *Anuario de Derecho civil I*, 1980, págs. 29-103.
  - FAZZALARI, D., CALISSE, R. «Leveraged Boyout». *Dir. Fall.* N.º 3, 1995, págs. 578-582.
  - GARCÍA VILLAVERDE, R. «Instituciones concursales y paraconcursoales: El ámbito de una reforma». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.* N.º 8. Madrid: Facultad de Derecho, 1985, pág. 189 y ss.
  - GARRIGUES, J. «En torno a la Reforma del Derecho Mercantil». *La Reforma de la Legislación Mercantil.* Madrid: Forum-Universidad empresa, Civitas, 1979, págs. 371-392.
  - GONDRA ROMERO, J.M. «Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.* N.º 8. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1985, pág. 145 y ss.
  - GONZALO LÓPEZ, V. «La nueva Ley concursal portuguesa». *RDM.* N.º 208, abril-junio. 1993, pág. 615.
  - GONZALO LÓPEZ, V. «La Reforma del Derecho Concursal alemán». *RDM.* N.º 215, enero-marzo, 1995.
  - GORDON, Roger H. y BURTON G. Malkiel. «Financiación de las Sociedades». *Hacienda Pública Española.* N.º 88. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1984, pág. 341 y ss.

- GUYON, Y. *Droit des Affaires*. París: Económica, 1991. 482 págs.
- ILLESCAS ORTIZ, R. «Apuntes para una reforma del derecho concursal español». Sevilla: *Boletín II* del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, 1977. Enero-abril, pág. 6 y ss.
- KOONTZ, H. and O'DONELL, C. *Curso de Administración moderna*. McGraw-Hill, 1979, pág. 76.
- LEY N.º 94-475, de 10 de junio de 1994, relativa a la prevención y al tratamiento de las dificultades de las empresas. *Dir. Fall.* N.º 3, 1995, págs. 689-714.
- LEY N.º 24.522. *Ley de Concursos y Quiebras*. Buenos Aires: edit. Macchi, 1995. 83 págs.
- MALHERBE, Jacques. «L'administration contrôlée des entreprises». *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*. Bruxelles, 1969, pág. 86 y ss.
- MARDENS. En «Discussions générale» en *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*. Bruselas, 1969, pág. 372 y ss.
- NICCOLINI, G. *Interessi pubblici e interessi privati nella estizione delle società*. Milano: Giuffrè editore, 1990. 768 págs.
- OLIVENCIA RUIZ, M. «Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado». *Revista de la Universidad Complutense de Madrid*. N.º 8. Madrid: Facultad de Derecho, 1985, págs. 29-45.
- OTERO LASTRES, J.M. «Aspectos societarios de la ley de Reconversión industrial». Madrid: *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1986. 293-336 págs.
- PAJARDO GARCÍA, Gemma. «La Crisis de la empresa en el Derecho español: medidas alternativas a la quiebra». *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*. N.º 4, agosto-septiembre, 1994, págs. 691-712.
- PIROVANO, A. *Changement social et droit negocie. De la résolution des conflicts à la conciliation des interêts*. París: Económica, 1988.
- PULGAR EZQUERRA, Juana. *La Reforma del Derecho Concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*. Madrid: Civitas, 1994, pág. 335.
- RAMÍREZ, J.A. *Derecho concursal, la Quiebra*. 3 vols. Barcelona: Bosch, 1959.

- REANU PIQUERAS, J.J. *Administración de empresas. Una visión actual*. Madrid: Pirámide, 1985. 134 págs.
- ROJO, A. «Crisi dell'impresa e crisi dei procedimenti concursali: L'esperienza spagnola». *Giur. Comm.* 8, 1981, pág. 704 y ss.
- ROJO, A. «La Tramitación escrita del Convenio en la Quiebra y en la Suspensión de Pagos». N.º 33. Madrid: *Poder Judicial*, 1994, pág. 195 y ss.
- ROJO, A. «Materiales para la Reforma de la Legislación Concursal». *Boletín del Ministerio de Justicia*. Suplemento al N.º 1.768, de 15 de febrero de 1996.
- SÁNCHEZ CALERO, F. «Instituciones de Derecho Mercantil». 13.ª ed. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1988, págs. 547-583.
- SANTINI, G. «Crisis empresarial en la economía de mercado» en *La Reforma del Derecho de quiebras*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 61 y ss.
- VACAS MEDINA, L. «Consideraciones sobre el pasado, el presente y el futuro de la reforma concursal». N.º 3.721. Madrid: *La Ley*, 1995, pág. 1 y ss.
- SATTA, S. *Instituciones del Derecho de Quiebras*. Buenos Aires, 1951, pág. 514 y ss.
- VERGEZ SÁNCHEZ, Mercedes. «La Administración Judicial de Empresas Embargadas». Madrid: *RDM*, 1978. N.º 149, julio-septiembre, págs. 293-320.
- VERNY, J.F. et DENIS LANGET. «Les propositions présentés par le CNPF et L'AFB». *Prévention et traitement des difficultés des entreprises*. N.º 25. París: Revue trimestrelle association d'economie financière, etc., 1993, pág. 106 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, I. «Crisi economica i desenvolupament de l'associacionisme de treball: la compra de empreses en dificultats per part de certs collectius de treballadors». Barcelona: *Revista Económica-Banca Catalana*, 1985, págs. 29-35.

## ANEXOS

## RESUMEN GENERAL

AÑO	MES	SUSPENSIÓN DE PAGOS					
		CLASE DE EMPRESA				ACTIVO	PASIVO
		PERSONA FÍSICA	PERSONA JURÍDICA			MILLONES DE PESETAS	MILLONES DE PESETAS
			SA	SL	OTRAS		
1990	.....	46	242	49	14	147.325	100.846
1991	.....	89	564	119	26	587.697	394.684
1992	.....	139	713	236	47	1.448.222	1.014.654
1993	.....	127	886	388	45	1.140.564	815.614
1994	.....	73	590	274	32	695.772	529.560
1994	Junio.....	4	44	30	3	42.310	27.775
	Julio.....	12	60	24	1	48.454	38.104
	Agosto.....	0	8	1	0	8.811	5.541
	Septiembre .	1	44	27	3	36.881	25.586
	Octubre .....	3	48	17	5	71.962	61.246
	Noviembre .	4	38	22	4	27.462	19.742
	Diciembre ..	9	36	20	0	105.771	86.707
1995	Enero (*)....	5	28	16	2	26.186	19.598
	Febrero (*)..	1	35	7	1	29.439	22.933
	Marzo (*)....	2	44	20	0	41.777	28.086
	Abril (*).....	1	24	13	2	18.328	12.618
	Mayo (*).....	4	18	15	0	16.166	14.451
	Junio (*) .....	6	24	11	0	18.130	14.596

**Nota:** El símbolo (\*) significa datos provisionales.

## RESUMEN GENERAL

DECLARACIÓN DE QUIEBRA					
CLASE DE EMPRESA				ACTIVO	PASIVO
PERSONA FÍSICA	PERSONA JURÍDICA			MILLONES DE PESETAS	MILLONES DE PESETAS
	SA	SL	OTRAS		
14	99	17	2	10.535	23.347
28	264	47	13	32.004	47.929
37	388	72	10	58.468	83.236
37	418	144	19	68.741	100.989
30	451	198	18	90.781	129.309
3	39	14	3	5.762	8.785
4	50	21	2	31.113	32.852
0	0	1	0	6	109
1	44	15	3	6.955	10.376
3	27	18	2	1.505	13.969
3	34	20	0	3.523	5.139
2	46	17	0	6.454	9.154
2	32	10	0	10.136	12.115
1	22	16	3	8.876	11.615
6	27	22	2	9.073	11.200
2	21	12	0	15.697	19.629
3	40	19	5	9.547	12.098
4	23	20	6	3.720	5.329

**Nota:** El símbolo (\*) significa datos provisionales.

## CAUSA DE LA SUSPENSIÓN Y CLASE DE QUIEBRA

AÑO	MES	CAUSA ECONÓMICA DE LA SUSPENSIÓN			
		FALTA DE LIQUIDEZ	ESCASA DEMANDA	BAJA PRODUCTIVIDAD	OTRAS
1990	.....	233	57	5	56
1991	.....	475	150	17	156
1992	.....	661	226	22	226
1993	.....	784	350	23	289
1994	.....	464	209	18	278
1994	Junio .....	35	8	3	35
	Julio .....	42	22	3	30
	Agosto .....	4	2	0	3
	Septiembre .....	43	14	2	16
	Octubre .....	40	14	0	19
	Noviembre .....	34	14	2	18
	Diciembre .....	33	15	1	16
1995	Enero (*) .....	21	7	0	23
	Febrero (*) .....	15	12	1	16
	Marzo (*) .....	37	9	0	20
	Abril (*) .....	16	12	0	12
	Mayo (*) .....	16	9	3	9
	Junio (*) .....	20	8	0	13

**Nota:** El símbolo (\*) significa datos provisionales.  
El símbolo (-) significa que el dato no se facilitó.

## CAUSA DE LA SUSPENSIÓN Y CLASE DE QUIEBRA

CLASE DE QUIEBRA				ALZAMIENTO	SIN CALIFICAR
SUSPENSIÓN DE PAGOS	INSOLVENCIA				
	FORTUITA	CULPABLE	FRAUDULENTA		
–	–	–	–	–	–
–	–	–	–	–	–
–	–	–	–	–	–
81	246	21	13	14	243
129	185	15	10	17	341
11	18	1	0	2	27
16	19	1	2	3	36
0	0	0	0	0	1
12	17	2	1	1	30
9	4	2	1	1	33
10	11	0	0	2	34
12	14	1	0	2	36
8	11	0	1	1	23
8	9	0	1	0	24
7	13	2	0	0	35
8	4	0	0	1	22
10	10	0	0	0	47
8	10	0	1	1	33

**Nota:** El símbolo (\*) significa datos provisionales.

El símbolo (–) significa que el dato no se facilitó.

NÚMERO DE EMPRESAS EN SUSPENSIÓN DE PAGOS Y EN QUIEBRA

